

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

1/2020

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocolo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

UNA NUOVA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITÀ DELLA “LEGGE SEVERINO” (E UN’ALTRA OCCASIONE PERSA)

*Una riflessione sugli automatismi in materia cautelare
e sulla fissazione del petitum nel giudizio di costituzionalità
Nota a [Trib. Vercelli, Sez. civ., ord. 14 febbraio 2019](#)*

di Federico Donelli

Il presente lavoro offre un commento a una questione di costituzionalità della cd. Legge Severino del tutto nuova, recentemente sollevata dal Tribunale di Vercelli, che verte specificamente sul tema degli automatismi applicativi della misura cautelare della sospensione dalla carica pubblica e prescinde dalla vexata quaestio della sua natura giuridica. Come si vedrà, il petitum, così come formulato dal Collegio in sede di rimessione, è però molto più ristretto e il lavoro, verso la conclusione, amplia la prospettiva sulla giurisprudenza costituzionale, interrogandosi sulla possibilità di individuare criteri affidabili per ammettere una riformulazione, da parte della Consulta, dell’oggetto del giudizio di costituzionalità per come fissato dall’ordinanza di rimessione.

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo e la novità della questione di costituzionalità sollevata. – 2. La decisione del Tribunale, la ridefinizione della questione esposta nell’istanza. – 3. Le questioni troppo sbrigativamente rigettate: il doppio automatismo applicativo, nell’an e nel quantum. In difesa della discrezionalità nella commisurazione della misura cautelare. – 4. L’oggetto del giudizio di costituzionalità: fino a che punto è pensabile un recupero delle questioni “implicite”?

1. Il quadro normativo e la novità della questione di costituzionalità sollevata.

Il Tribunale di Vercelli, in composizione collegiale (Trib. Vercelli, sez. civ., ord. n. 84 del 14.2.2019, in G.U. del 12.06.2019, n. 24), ha sollevato una nuova questione di costituzionalità della cd. “Legge Severino”, in particolare dell’art. 11, commi 1, lett. a) e 4, D.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235. Lo ha fatto vedendo un contrasto fra tali disposizioni e l’art. 3 Cost., nella parte in cui esse prevedono la sospensione dalle cariche ivi indicate per la durata di diciotto mesi anche nel caso di coloro che, essendo stati assolti con sentenza di primo grado, abbiano riportato in appello una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati dall’art. 10, comma 1, lett. a), b) e c) del medesimo decreto.

Come noto, il d.lgs. n. 235/2012 costituisce il Testo Unico delle “disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a

sentenze definitive di condanna per delitti non colposi”¹. È una normativa molto nota, almeno nelle sue linee di fondo, a causa delle vicende che hanno interessato noti esponenti del mondo della politica e delle istituzioni.

Il citato art. 11 del T.U. si occupa della *Sospensione e decadenza di diritto degli amministratori locali in condizione di incandidabilità* (così la rubrica dell’articolo), e soprattutto, per quello che qui interessa, stabilisce le condizioni di incompatibilità “temporanea” con talune cariche pubbliche, in attesa che il processo penale faccia il suo corso².

Più nel dettaglio, il comma 1, lett. a) dell’art. 11 prevede l’applicazione di diritto della sospensione dalla carica nel caso in cui si riporti “una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati all’articolo 10, comma 1, lettera a), b) e c)”: queste tre lettere individuano, come vedremo, un insieme molto eterogeneo di fattispecie di reato.

A breve, dunque – la questione è infatti stata assegnata all’udienza in camera di consiglio il 29 gennaio 2020 – la Corte costituzionale si troverà ancora una volta a decidere sulla legge Severino, in relazione alla quale, come noto, essa ha già avuto modo di affrontare, e rigettare, diverse questioni di costituzionalità, che in estrema sintesi hanno riguardato: la violazione del divieto di retroattività di norme sanzionatorie³;

¹ Cfr. art. 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (la cd. “Legge Severino”, appunto).

² Il comma 7 del citato art. 11 prevede invece la decadenza di diritto dalla carica in caso di condanna definitiva per uno di quei delitti o dalla data in cui diviene definitivo il provvedimento che applica la misura di prevenzione. Fra le cariche ricomprese dall’art. 10, comma 1, vi sono quelle di: presidente della provincia, sindaco, assessore, consigliere provinciale e comunale, presidente e componente del consiglio circoscrizionale, presidente e componente del consiglio di amministrazione dei consorzi, presidente e componente dei consigli e delle giunte delle unioni di comuni, consigliere di amministrazione e presidente delle aziende speciali e delle istituzioni di cui all’articolo 114 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, presidente e componente degli organi delle comunità montane.

³ Il Tar Campania – nell’ambito del cd. caso De Magistris – ha per primo sollevato la questione della natura sanzionatoria della misura in oggetto, ipotizzando il suo soggiacere al divieto di retroattività. Con la sent. Cost. n. 236/2015 la Consulta ha dichiarato infondata la tesi del giudice rimettente, negando la natura sanzionatoria della misura della sospensione, affermandone invece la natura cautelare e dunque il possibile effetto retroattivo; cfr. Corte cost., sent. n. 236/2015, punto 4.3.1. Il caso che ha interessato il sindaco di Napoli De Magistris concerneva proprio il comma 1 dell’art. 11, d.lgs. n. 235/2012 essendo il sindaco stato condannato in primo grado dal Tribunale di Roma per abuso d’ufficio e assolto in secondo grado dalla Corte d’appello di Roma; M. GAMBARDILLA, *Natura ed effetti nel tempo della sospensione dalla carica di sindaco per una condanna non definitiva in base alla cd. “legge Severino”*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1884; M.E. COGNIZZOLI, [Caso De Magistris: la Corte costituzionale dichiara l’infondatezza della questione di legittimità della c.d. Legge Severino](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 dicembre 2015; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. n. 236/2015*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 412; F. BAILO, *La c.d. “legge Severino” sul tavolo della Corte costituzionale: partita chiusa o rinviata?*, in *Giur. it.*, 2016, p. 206; E. R. BELFIORE, *Incandidabilità/decadenza e principio di irretroattività della sanzione penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 423; G. M. SALERNO, *Incandidabilità alla carica di parlamentare e Costituzione: alcune riflessioni sul d.lgs. n. 235 del 2012*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 18; C. MARCHESE, *Legge Severino: la corte si pronuncia...e resta nel solco dei suoi passi!*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* n. 1/2016; G. MAROLDA, *La non irragionevolezza della “legge Severino”: nota a margine della sentenza n. 236/2015 della corte costituzionale*, *ibid.*; F.S. MARINI, *La “legge Severino” tra le corti: luci e ombre dell’incandidabilità dopo la sentenza n. 236 del 2015*, in *Osservatorio Costituzionale Aic*, 1/2016; L. LONGHI, *Il caso De Magistris: il delicato bilanciamento tra diritti di elettorato passivo e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 3/2016; V. PUPO, *La “legge severino” al primo esame della corte costituzionale: la natura non sanzionatoria della sospensione dalla carica elettiva e la ragionevolezza del bilanciamento*, in *Le Regioni*, 2/2016, 361 ss.

l'eccesso di delega; disparità di trattamento attinenti alle varie categorie di soggetti coinvolte dall'applicazione della misura e alla diversa gravità delle fattispecie di reato indicate come presupposto⁴.

La questione oggetto dell'ordinanza qui commentata, però, non era ancora emersa: il Tribunale di Vercelli ha infatti ritenuto la non manifesta infondatezza di una questione di costituzionalità vertente sulla disparità di trattamento endonormativa, sotto lo specifico profilo della durata della misura cautelare prevista dall'art. 11 D.lgs. n. 235/2012⁵.

Come noto, il comma 4 del citato art. 11 stabilisce una durata fissa per la sospensione dalla carica (18 mesi), ma vi sono due casi speciali.

Il primo (previsto dal comma 4, secondo periodo, dell'art. 11, d.lgs. n. 235/2012) è quello in cui l'interessato proponga appello avverso la condanna e questo venga rigettato: qui lo stesso comma 4 dell'art. 11 prevede la decorrenza di un ulteriore termine di sospensione che, però, dura 12 mesi e non 18.

Il secondo (previsto dal comma 6 dell'art. 11, d.lgs. n. 235/2012) è il caso in cui la misura cessi prima della scadenza del termine, perché vengono emessi una sentenza, anche non definitiva, di non luogo a procedere, di proscioglimento o di assoluzione o un provvedimento di revoca della misura di prevenzione o ancora sentenza di annullamento ancorché di rinvio⁶.

⁴ Cfr. sent. cost. 5 ottobre 2016, n. 276/2016, dove la Consulta ha affrontato ulteriori questioni di costituzionalità, emerse nell'ambito di tre diversi procedimenti, ribadendo la natura non sanzionatoria e meramente cautelare della misura in commento (su questo punto v. in part. § 4.3.2). Le ordinanze di rimessione furono la n. 278 del 2015 (Corte Appello Bari), la n. 323 del 2015 (Trib. Napoli) e la n. 11 del 2016 (Trib. Messina). Si dedussero la violazione indiretta, per eccesso di delega, degli artt. 76 e 77 Cost. da parte degli artt. 8, comma 1 e 11, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 235/2012, in quanto contrastanti con l'art. 1, comma 64, lett. m), della l. n.190/2012, perché dispongono la sospensione dalla carica in caso di condanna non definitiva; la violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. e dell'art. 117, comma 1, Cost. (questo in relazione all'art. 7 della CEDU) da parte degli artt. 7, comma 1, 8, comma 1 e 11, comma 1, lett. a), del medesimo decreto, in conseguenza della mancata limitazione della sospensione dalla carica elettiva alle sole ipotesi di condanne per reati consumati dopo l'entrata in vigore delle suddette disposizioni; contrasto con gli artt. 2, 4, comma 2, 51, comma 1 e 97, comma 2, Cost., per violazione del divieto di irretroattività; la disparità di trattamento tra i parlamentari nazionali ed europei e gli eletti al livello regionale e locale perché in quest'ultimo caso non è prevista la soglia di pena superiore ai due anni – che è invece prevista per l'incandidabilità ai livelli di governo nazionale ed europeo – relativamente alla condanna per taluno dei reati ostativi ai fini dell'applicazione della sospensione dalla carica; in dottrina F. VIGANÒ, [La Consulta respinge le censure di illegittimità costituzionale della c.d. legge Severino in materia di sospensione dalle cariche politiche in conseguenza di sentenze di condanna](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016; G. RIVOCCHI, "Legge Severino", *atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione delle cariche politiche locali*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2385; F. BAILO, *Una "pietra tombale" sulla "natura afflittiva" della limitazione dell'elettorato passivo?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 450.

⁵ Il profilo della durata della misura era stato evidenziato, più in generale, da M. Gambardella, *op. cit.*, § 2, sebbene in un elenco di argomenti presentati per sostenere la natura sanzionatoria della misura in commento, e non come autonomo profilo di irragionevolezza. Il tema del controllo endonormativo è sviluppato in S. DELSIGNORE, *L'ultima spallata della corte alla vecchia obiezione di coscienza. sulla ragionevolezza delle sentenze manipolative della consulta*, in *Ind. pen.* 1999, p. 190, che trae il concetto da A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura della pena e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, p. 192.

⁶ Il quale prosegue statuendo che "in tal caso la sentenza o il provvedimento di revoca devono essere pubblicati

Le questioni poste all'attenzione del Tribunale erano due: la prima verteva sui commi 1 e 6 dell'art. 11 del decreto, la seconda invece sui commi 1 e 4 del medesimo articolo. Come vedremo, il Tribunale ha deciso di sviluppare la prima questione, approdando però, con le proprie argomentazioni, proprio al comma 4 dell'art. 11, sebbene in una "parte" diversa da quella su cui faceva leva il ricorrente nella sua seconda questione (che, come si vedrà, il Tribunale decide invece di rigettare sbrigativamente).

2. La decisione del Tribunale, la ridefinizione della questione esposta nell'istanza.

Il caso nell'ambito del quale il Tribunale di Vercelli ha sollevato la questione di costituzionalità riguarda un sindaco comunale, assolto in primo grado, con formula piena, per concorso in peculato (delitto ricompreso alla lett. c) del citato art. 10, comma 1, d.lgs. n. 235/2012), ma condannato in secondo grado (sebbene solo per alcuni dei fatti oggetto della originaria contestazione di peculato).

Il prefetto dunque gli applicava, in ossequio all'art. 11 d.lgs. n. 235/2012, la misura della sospensione dalla carica istituzionale, avverso la quale veniva presentato un ricorso *ex art. 700 e 702 bis c.p.c.*, impugnando il provvedimento prefettizio, chiedendone la sospensione cautelare e sollevando le diverse questioni di costituzionalità⁷.

La prima questione proposta dalla difesa verte sui commi 1 e 6 dell'art. 11 e sul parametro dell'art. 3 Cost.: non si tratta di una questione specificamente legata alla durata della misura, ed è strutturata su due argomenti distinti.

In primo luogo, si denuncia l'equiparazione, ai fini dell'applicazione della misura, del caso in cui la condanna sopravvenga all'esito dell'appello, in riforma di una precedente pronuncia assolutoria, al caso in cui la condanna sia invece pronunciata all'esito del giudizio di primo grado.

In subordine, si denuncia l'incostituzionalità della disciplina nella parte in cui esclude che gli effetti della sospensione cessino con la pubblicazione della sentenza di assoluzione in primo grado, mentre prevede che gli effetti della sospensione cessino invece nel caso di pubblicazione di sentenza di annullamento "anche con rinvio"⁸.

nell'albo pretorio e comunicati alla prima adunanza dell'organo che ha proceduto all'elezione, alla convalida dell'elezione o alla nomina".

⁷ Sulla competenza funzionale del giudice ordinario – nelle forme di cui all'art. 702 *bis* c.p.c. – in materia di incandidabilità si veda l'art. 22, d.lgs. n. 150/2011 e Cass., Ss.Uu., 11131/2015; sulla possibilità di presentare contestualmente un ricorso *ex art. 700* e uno *ex art. 702 bis* c.p.c. cfr. Trib. Napoli, ord. n. 323 del 22 luglio 2015; sull'ammissibilità di una questione di costituzionalità nell'ambito di un procedimento cautelare cfr. Corte cost. 20 maggio 2008, n. 161.

⁸ Il comma 6 dell'art. 11, d.lgs. n. 235/2012 prevede, come visto, l'onere in capo all'interessato della pubblicazione nell'albo pretorio dei provvedimenti – ivi previsti – idonei alla cessazione della misura, oltre alla comunicazione all'organo che ha proceduto alla convalida dell'elezione. In subordine, il ricorrente denunciava qui una lesione dell'art. 3 Cost. per il fatto che tale disposizione fa cessare gli effetti della sospensione dalla carica a fronte di una "sentenza di annullamento, ancorché con rinvio" di una precedente condanna: ciò implica che potrebbe darsi un caso in cui un soggetto che ha ricevuto una "doppia conforme" (condanna in primo e in secondo grado), potrebbe vedere cessare la misura cautelare della sospensione dalla

Il primo punto, quello che qui maggiormente interessa, attiene a una supposta minore gravità, rispetto all'interesse tutelato, della condanna sopravvenuta in secondo grado. Si tratta di un approccio che collide con l'impostazione di fondo prescelta dal Collegio, che nell'apprezzamento del disvalore delle condanne predilige il criterio della collocazione astratta nei vari gradi di giudizio, contenendo così nel minimo l'apprezzamento della contestualizzazione delle medesime nel singolo concreto processo⁹.

Il cuore della questione, per come accolta dal Tribunale di Vercelli, attiene invece alla durata della sospensione della misura, e più precisamente verte sulla ritenuta disparità di trattamento fra due situazioni che non sarebbero significativamente distinguibili.

Esse sono: da una parte il caso di specie, ovvero la situazione in cui la condanna per uno dei delitti "presupposto" intervenga solo in appello, dopo un'assoluzione in primo grado (che comporta la sospensione di diritto di 18 mesi)¹⁰; dall'altra il caso di cd. "doppia conforme", ovvero il caso in cui la sentenza di condanna in secondo grado intervenga a confermare una condanna in primo grado per uno di tali delitti (art. 11, comma 4; il quale, nel suo secondo inciso, prevede la sospensione della durata di 12 mesi). Questa seconda situazione funge dunque da cd. *tertium comparationis*¹¹.

carica a fronte di una sentenza di annullamento (magari anche solo per ragioni puramente procedurali: una questione di competenza territoriale, una concernente il rispetto dei termini di notifica della citazione in giudizio o il rispetto della disciplina sull'elezione di domicilio, ecc). Stante l'attuale assetto della disciplina, in un caso di quel genere la sospensione cadrebbe automaticamente, laddove invece essa permarrrebbe nel (di gran lunga) meno grave caso della condanna intervenuta solo in secondo grado, dopo un'assoluzione. Il Collegio ha però gioco facile nel sostenere che "*dovendo essere disposta la sospensione in presenza di una sentenza di condanna non definitiva, la sentenza di assoluzione che comporta la cessazione degli effetti della sospensione non può che essere successiva*".

⁹ Il Collegio, infatti, ritiene che: "*la posizione di chi sia stato assolto in primo grado e condannato in appello per la commissione di un reato quale il peculato non è certamente più censurabile, né più pericolosa per la pubblica amministrazione, rispetto a quella di chi sia stato condannato per lo stesso reato tanto in primo quanto in secondo grado*".

¹⁰ Il Tribunale di Vercelli muove dal (condivisibile) assunto per cui, laddove la lett. a) dell'art. 11, nel disciplinare i presupposti per l'operatività della sospensione dalla carica, parla di "*condanna non definitiva*", essa si riferisce a qualsiasi sentenza di condanna, non facendo alcuna distinzione rispetto al grado; cfr. p. 8 del provvedimento commentato, ove si adduce anche, a sostegno di tale lettura, il fatto che nella lett. b) dell'art. 11 la distinzione fra primo e secondo grado compare invece esplicitamente. In astratto si sarebbe potuto proporre una lettura diversa, tesa a sostenere l'impossibilità di disporre la sospensione dalla carica per la prima volta a seguito di condanna in appello posto che esiste un sostegno letterale, per quanto debole, anche per tale interpretazione: il comma 5 dell'art. 11, recita: "5. A cura della *cancelleria del tribunale* o della *segreteria del pubblico ministero* i provvedimenti giudiziari che comportano la sospensione sono comunicati al prefetto [...]" così che si potrebbe argomentare nel senso che il legislatore pare avere presupposto che la sospensione dalla carica consegua a una sentenza di condanna irrogata dal Tribunale, posto che è proprio la sua cancelleria – e non quella della Corte d'Appello – ad essere gravata della comunicazione al Prefetto.

¹¹ Per un inquadramento della tematica cfr. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 230; O. DI GIOVINE, *Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*. «A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare», in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, p. 173; S. DELSIGNORE, *L'ultima spallata ...*, cit., p. 183 e ss.; G. D. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, pp. 50 e ss.; F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, p. 61; D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra](#)

Per meglio valutare la fondatezza della questione occorre mettere a fuoco i punti fondamentali su cui si fonda il ragionamento del Collegio.

Il primo assunto attiene all'individuazione della *ratio* della normativa in esame, la quale, in ossequio alla già citata giurisprudenza costituzionale in materia, viene individuata nella necessità di preservare, cautelarmente, la carica pubblica da soggetti indiziati di "indegnità morale", tutelando l'ente dal pericolo di compromissione della sua onorabilità¹².

Il secondo assunto è che non vi sia una diversità apprezzabile fra il caso di condanna intervenuta solo in secondo grado e il caso in cui vi sia invece la doppia condanna conforme. Muovendo da queste premesse, il Collegio ravvisa un'irragionevole disparità di trattamento nel fatto che "la condanna in appello per uno dei delitti richiamati dal comma 1, lett. a) dell'art. 11 comporta una sospensione dalla carica di durata differente, secondo che l'amministratore pubblico in primo grado sia già stato condannato per lo stesso reato ovvero sia stato assolto".

L'idea di fondo, dunque, è quella di portare l'apprezzamento della condanna in secondo grado a un disvalore unico, espresso con la medesima durata di sospensione dalla carica¹³.

L'impostazione del Tribunale e quella della difesa divergono sul punto della considerazione del concreto andamento del giudizio, ma in modo tale da (ci pare vero per entrambe), esporre il fianco a una critica.

Non è condivisibile l'impostazione del Collegio, che, come visto, concentra l'attenzione sulla condanna in secondo grado considerandola in astratto: è infatti difficile negare la differenza sussistente fra il caso della cd. "doppia conforme" e il caso in cui la prima condanna intervenga solo in secondo grado.

Essi sono trattati diversamente dalla normativa in commento proprio perché sono diversi "in rerum natura": diverso è il numero di giudici che si sono convinti della responsabilità del soggetto, così che, nel caso di doppia conforme, essendo più solido il dubbio sulla "moralità" del soggetto, la sospensione dalla carica raggiunge il massimo

discrezionalità politica e vincoli costituzionali, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, p. 48; V. MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 176 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473 ss.; R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, in part. p. 146; ID., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 967 e ss.

¹² Cfr. p. 6 dell'ordinanza in commento.

¹³ Si legge a p. 7 dell'ordinanza: "la costituzionalità della disciplina in esame non può neppure essere giustificata considerando l'esigenza di evitare a chi abbia già riportato una sospensione dalla carica per diciotto mesi a seguito di condanna in primo grado l'inflizione di una nuova sospensione di pari durata. Se infatti la previsione può essere ragionevole avendo riguardo alla complessiva posizione di colui che riporta una doppia condanna, permane comparativamente l'irrazionalità della disposizione normativa che infligge al condannato soltanto in secondo grado una sospensione maggiore (di diciotto mesi, anziché di dodici)".

di 30 mesi (18 + 12 mesi)¹⁴, mentre nel caso di condanna “singola”, essa si ferma al periodo “base” di 18 mesi.

Da questo specifico punto di vista, la legge sposa opportunamente il criterio dell’apprezzamento del concreto andamento del singolo giudizio¹⁵.

Il punto, però, di maggiore distanza fra l’argomentare dei giudici e quello della difesa sta proprio nella messa a fuoco dell’oggetto della questione di costituzionalità: nella sua prima questione il ricorrente non focalizza l’attenzione sulla durata della misura, mentre il Tribunale argomenta esclusivamente in riferimento a quell’aspetto, peraltro contenendo la questione su di un caso molto specifico di disparità di trattamento. Il Tribunale ammette, però, di sollevare la questione per motivazioni differenti rispetto a quelle addotte dal ricorrente¹⁶.

3. Le questioni troppo sbrigativamente rigettate: il doppio automatismo applicativo, nell’*an* e nel *quantum*. In difesa della discrezionalità nella commisurazione della misura cautelare.

Sembrerebbe, dunque, che in conseguenza della sua opera di ridefinizione della questione, spostandosi verso il comma 4 dell’art. 11, il Tribunale muova in direzione della seconda questione prospettata dal ricorrente, ma non è esattamente così.

Quest’ultima, per come posta nell’istanza di parte, argomentava l’impugnazione dei commi 1 e 4 dell’art. 11, d.lgs 235/2012 censurando sia l’automatismo nell’*an* che l’automatismo nel *quantum* nell’applicazione della misura cautelare della sospensione¹⁷.

¹⁴ Lo stesso testo della legge lo evidenzia parlando di un *ulteriore* periodo di sospensione di un anno.

¹⁵ E proprio questo criterio, della necessaria contestualizzazione della decisione nel concreto giudizio, sta alla base del ragionamento della difesa del ricorrente, che però a nostro parere eccede. Il ragionamento del ricorrente infatti non convince laddove – concentrando l’attenzione sul confronto fra le condanne “singole” – tenta di sostenere la possibilità di apprezzare una diversa gravità fra la condanna in primo grado e quella intervenuta solo in secondo grado. E questo rimane vero, ci sembra, anche nel caso in cui la condanna in secondo grado (come nel caso di specie) riguardi solo alcuni dei capi di imputazione da cui il soggetto era stato assolto in primo grado.

¹⁶ Il Collegio sostiene di avere sollevato la questione prospettata dal ricorrente, anche se “*per motivazioni parzialmente differenti*” (*sic*), ma non è esattamente così: a ben vedere, infatti, il Collegio ha sollevato una questione *diversa*, perché muovendo dalla prima questione, sposta il centro dell’argomentazione sul comma 4 dell’art. 11, d.lgs. n. 235/2012 (*v. infra* nel testo). Ciò apre la strada a una riflessione sui poteri, in capo al giudice *a quo*, di modifica della questione di costituzionalità per come posta nell’istanza di parte, *v. infra* nota 48.

¹⁷ A ben vedere, la questione dell’*an* nell’automatismo dell’applicazione della misura della sospensione dalla carica è ben distinguibile – anche dal punto di vista dell’individuazione delle disposizioni oggetto del giudizio di costituzionalità – da quella dell’automatismo nella commisurazione del tempo di sospensione dalla carica. In astratto, infatti, la prima questione avrebbe ad oggetto il comma 1 dell’art. 11, in rapporto all’art. 10, comma 1, nella parte in cui prevede l’applicazione della sospensione “di diritto” dalle cariche ivi indicate i condannati per uno dei delitti indicati nell’art. 10; la seconda questione, invece, avrebbe ad oggetto più precisamente il comma 4 dell’art. 11, nella parte in cui prevede la cessazione “di diritto” degli effetti della sospensione trascorsi 18 mesi (ovvero il suo primo inciso). L’autonomia delle questioni afferenti all’automatismo nell’*an* rispetto a quelle afferenti all’automatismo nel *quantum* è stata confermata, di recente,

Il Tribunale la rigetta, senza distinguere le due questioni, molto sbrigativamente: “tale censura non risulta condivisibile, avuto particolare riguardo ai principi enunciati dalla Corte Costituzionale nelle sentenze che già hanno affrontato le questioni di illegittimità costituzionale sollevate con riferimento al D.Lgs. n. 235/2012, che hanno tutte chiaramente affermato la natura non sanzionatoria della sospensione prevista dall’art. 11”¹⁸.

Il Collegio, dunque, ritiene che l’automatismo nell’*an* e nel *quantum* nell’applicazione misura costituisca un’unica questione, e che esso non possa essere censurato perché (i) già affrontato dalla Consulta e (ii) perché la misura non ha natura sanzionatoria.

Il primo argomento, come si vede anche solo alla luce della rapida disamina presentata in apertura di questo lavoro, non convince, posto che non risulta che la Corte Costituzionale, nelle richiamate pronunce relative a questa normativa, si sia già espressa su di una questione anche solo analoga¹⁹.

Ben più interessante il secondo argomento.

Secondo il Tribunale, l’automatismo applicativo di una disposizione può essere incostituzionale *solo se* la corrispondente norma ha natura sanzionatoria.

Tale assunto però confligge con la giurisprudenza della Consulta. Di recente, ad esempio, la Corte costituzionale ha rigettato una questione avente ad oggetto la normativa disciplinante i requisiti di onorabilità per l’accesso alla professione di trasportatore, la quale ne condizionava la sussistenza all’assenza di condanne per reati in materia previdenziale²⁰. La Consulta la rigetta *anche* perché ritiene che tale normativa

da sent. Cost. n. 222/2018, relativa all’ultimo comma dell’art. 216 (e 223) l. fall., che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della fissità nel *quantum* della sanzione accessoria ivi prevista, rigettando invece la diversa questione dell’obbligatorietà della sua applicazione in caso di condanna per bancarotta, opponendosi alla considerazione di questo secondo profilo il rispetto del *petitum* contenuto nell’ordinanza di rimessione (v. *infra*, § 4); cfr. Corte cost. sent. n. 222/2018, § 6. Fra le molte questioni in cui la Consulta ha censurato automatismo applicativo in ordine all’*an* di misure dal contenuto sanzionatorio v. Corte cost. n. 185/2015, con commento di R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5. la Corte costituzionale demolisce l’ultimo automatismo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2484 e ss.; Corte cost. n. 7/2013 in tema di sanzioni accessorie; le sentenze cost. n. 105 e 106/2014, n. 74/2016 e n. 205/2017 in tema di bilanciamento delle circostanze (e recidiva); sent. Cost. n. 291/2010.

¹⁸ Cfr. Ordinanza Trib. Vercelli, p. 9.

¹⁹ Se fosse stato così, ovvero se la Consulta si fosse già occupata della questione degli automatismi applicativi della legge Severino, il Tribunale avrebbe avuto ragione nel cercare di evitare una pronuncia che sarebbe verosimilmente stata di manifesta infondatezza; cfr. M. CARTABIA, *Valore del precedente e Corte costituzionale*, in F. Francario – M.A. Sandulli (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, p. 47 e ss. (citata in V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 252, nota 268), la quale evidenzia che se la questione già presentata si era risolta con una declaratoria di illegittimità costituzionale, la riproposizione sfocerà in un’ordinanza di inammissibilità; laddove invece in relazione al precedente la Consulta si fosse pronunciata per la sua infondatezza, la riproposizione della medesima questione, in assenza di nuovi profili, viene risolta con un’ordinanza di manifesta infondatezza, salvo che, evidenzia l’A., “non si ponga il tema [...] di un possibile *overruling*”; è infatti possibile che la riproposizione della medesima questione sfoci in un accoglimento, alla luce di una “*complessiva rimediazione dei termini della questione*” (così la già citata Corte cost. n. 222/2018, che accoglie a pochi anni di distanza dalla declaratoria di inammissibilità con sent. n. 134/2012 e ord. 208/2012); cfr. V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 253.

²⁰ Cfr. sent. Cost. n. 161/2018 del 17/8/2018, che ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di Stato degli artt. 4 e 5, commi 2, lettera g), e 8, del d.lgs. 22.12.2000, n. 395 in riferimento agli artt.

non abbia natura sanzionatoria, ma si sente in dovere di specificare che la lesione del principio di proporzionalità *comunque* non sussiste, in quanto l'elencazione legislativa delle fattispecie presupposto per la perdita del requisito "è dettata, ora dall'oggettiva gravità della violazione [solo le violazioni previdenziali aventi rilevanza penale], ora dalla relazione fra questa e l'attività svolta dall'interessato"²¹.

Se proiettassimo questi criteri sulla normativa qui di interesse, anche volendone escludere la natura sanzionatoria, non potremmo fare altro che constatare come qui sussista invece un'estrema eterogeneità delle fattispecie delittuose presupposto.

Effettivamente, le citate tre lettere dell'art. 10, comma 1, d.lgs. n. 235/2012, fanno riferimento a delitti molto diversi fra loro: la lettera a) richiama la fattispecie di associazione a delinquere di stampo mafioso, delitti in materia di stupefacenti e di armi e delitti di favoreggiamento personale o reale connessi i predetti reati; la lett. b) rinvia ai delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater* cpp diversi da quelli richiamati alla lett. a) (ad esempio la riduzione o mantenimento in schiavitù *ex art.* 600 c.p., il sequestro di persona *ex art.* 630 c.p., i delitti posti in essere con finalità di terrorismo); la lett. c) fa invece riferimento a diverse fattispecie incriminatrici in materia di pubblica amministrazione, dalle più gravi, come la concussione o la corruzione, alle più lievi, come l'abuso d'ufficio.

Tali delitti sono indubitabilmente diversi fra loro: dal punto di vista della gravità, della pericolosità sociale e delle conseguenze giuridiche del loro accertamento, ma soprattutto, stante la *ratio* della disciplina in oggetto, dal punto di vista del sentire comune e dunque della loro idoneità a incidere sul bene giuridico della onorabilità di chi ricopre la carica e dell'ente rappresentato²².

Il decreto manda il seguente messaggio: ai fini dell'applicazione della misura della sospensione dalla carica, trasportare una mazza da golf in automobile è equiparato al peculato (o addirittura all'appartenenza alla 'ndrangheta)²³: difficile però pensare che i due casi appena citati abbiano lo stesso peso nel valutare la dignità morale di un amministratore locale a espletare il proprio incarico.

A fronte di tale eterogeneità nei presupposti applicativi, l'automatismo della

3, 24 e 113 Cost. Il citato art. 5, comma 2, lettera g), stabilisce che non sussiste, o cessa di sussistere, il requisito di onorabilità – previsto dal precedente art. 4 quale requisito necessario per l'iscrizione all'albo degli autotrasportatori (art. 1, l. 6 giugno 1974, n. 298) – in caso di condanna penale definitiva del datore di lavoro per fatti che costituiscono violazione degli obblighi sussistenti in materia previdenziale ed assistenziale; il successivo comma 8 prevede che, al verificarsi di tale presupposto, il requisito cessa di diritto.

²¹ La Consulta poco sopra osserva "la perdita dell'onorabilità non è conseguenza di una qualsiasi sanzione per omesso o insufficiente versamento degli oneri previdenziali o assistenziali e neppure assume il carattere dell'assoluta irreversibilità"; cfr. sent. Cost. n. 161/2018, *cit.* che specifica che la normativa prevede il recupero del requisito in caso di estinzione del reato o di riabilitazione.

²² Inoltre, diversamente dal succitato caso di sent. Cost. n. 161/2018, non è possibile apprezzare una gradualità nel superamento della soglia: in quel caso, infatti, la Consulta aveva valorizzato il fatto che il legislatore avesse ritenuto quale presupposto per il diniego dell'onorabilità l'integrazione di reati in materia previdenziale, casi dunque in cui l'evasione superava una determinata soglia.

²³ Ai fini della incandidabilità, la lettera a) dell'art. 10, comma 1, ricomprende sia l'art. 416 *bis* c.p. che i delitti in materia di porto, trasporto e detenzione di armi, qualora sia inflitta la pena della reclusione non inferiore a un anno.

misura appare irragionevole e, ciò è fondamentale, anche se a tale misura viene riconosciuta natura cautelare.

La Consulta ha infatti più volte statuito l'incostituzionalità di norme che comportano automatismi impedendo una specifica valutazione in ordine alla sussistenza di esigenze di cautela oppure in relazione all'adeguatezza e proporzionalità delle misure adottate in relazione a tali esigenze²⁴.

I medesimi principi sono stati confermati, di recente, nella pronuncia del 9 febbraio 2018 (sent. n. 22), dove la Consulta, pur escludendo la natura sanzionatoria della revoca della patente di guida, ha ritenuto irragionevole la previsione della obbligatorietà della stessa in caso di condanna per reati in materia di stupefacenti²⁵.

L'argomentazione della Corte sul punto è molto interessante ai nostri fini: essa ha infatti ritenuto la fondatezza della questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2, Codice della strada, in relazione ai principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., perché l'automatismo dell'applicazione della misura si accompagnava alla presenza di due elementi: l'eterogeneità delle fattispecie di reato che determinavano l'operatività di tale misura²⁶ e l'elemento dell'assenza di attualità²⁷. Fattori, entrambi, che caratterizzano anche la disciplina della sospensione dalla carica prevista dalla "legge Severino".

Ancora più interessante, però, è il profilo di censura relativo all'automatismo nella commisurazione della durata della misura.

Come già detto, la durata della sospensione è prevista, dal primo inciso del

²⁴ Il pensiero corre immediatamente alle sentenze che hanno ritenuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui imponeva (la disposizione è infatti stata sostituita dagli artt. 3 e 4, l. 16 aprile 2015, n. 47), l'applicazione obbligatoria e automatica della custodia in carcere per numerosi reati, incentrate sulla violazione, innanzitutto, dell'art. 3 Cost., in quanto comportava un trattamento per situazioni assolutamente diverse, in forza di una presunzione non legittimata dall' *id quod plerumque accidit*. Oltre a quelle citate nel testo si veda anche sent. Cost. 26 marzo 2015, n. 48; sent. Cost. 23 luglio 2013, n. 232; sent. Cost. 18 luglio 2013, n. 213; sent. Cost. 29 marzo 2013, n. 57; sent. Cost. 3 maggio 2012, n. 110; sent. Cost. 22 luglio 2011, n. 231; sent. Cost. 12 maggio 2011, n. 164; sent. Cost. 21 luglio 2010, n. 265.

²⁵ La natura sanzionatoria della revoca della patente di guida era stata ritenuta dal giudice rimettente (Tribunale ordinario di Genova), la Consulta nega invece che l'art. 120 abbia tale natura (neanche secondo i parametri Cedu), ma attenga solo alla verifica della persistenza dei requisiti ("moralì") per la concessione del titolo di guida (cfr. sent. Cost. n. 22/2018, § 6): ovviamente, esclusa la natura sanzionatoria della norma, se ne può affermare l'applicabilità anche ai casi di condanne precedenti alla modifica che comporta la revoca; la sentenza è pubblicata in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 marzo 2018; la successiva sent. n. 80/2019 ha invece rigettato analoga questione proposta nei confronti dell'automatica esclusione dal novero dei soggetti idonei (forniti dei requisiti morali necessari) a ottenere il rilascio della patente (art. art. 120, comma 1, Codice Strada).

²⁶ Secondo la Consulta l'art. 120, comma 2 del codice della strada "ricollega [...], in via automatica, il medesimo effetto, la revoca di quel titolo, ad una varietà di fattispecie, non sussumibili in termini di omogeneità, atteso che la condanna, cui la norma fa riferimento, può riguardare reati di diversa, se non addirittura lieve, entità"; cfr. sent. Cost. n. 22/2018, § 7.

²⁷ "Reati che, per di più, possono (come nella specie) essere assai risalenti nel tempo, rispetto alla data di definizione del giudizio. Il che dovrebbe escluderne l'attitudine a fondare, nei confronti del condannato, dopo un tale intervallo temporale, un giudizio, di assenza dei requisiti soggettivi per il mantenimento del titolo di abilitazione alla guida, riferito, in via automatica, all'attualità"; cfr. sent. Cost. n. 22/2018, § 7.

comma 4, art. 11, come (i) obbligatoria e (ii) di durata fissa (18 mesi)²⁸.

Nessun dubbio sul fatto che, se all'art. 11 d.lgs. n. 235/2012 fosse riconosciuta la natura giuridica di sanzione, la durata fissa della sospensione dalla carica sarebbe altamente problematica²⁹.

Ma lo stesso vale per la materia cautelare. Su quest'ultimo punto vi è un'altra pronuncia della Consulta sulla quale si deve concentrare l'attenzione: la sentenza n. 240/2018, una pronuncia di rigetto, che però contiene argomenti di fondamentale interesse per il discorso fin qui condotto.

Anche la disposizione censurata in quella sede (art. 55, comma 2, Tuf) permetteva all'Autorità amministrativa di disporre la sospensione da una determinata attività – più precisamente la sospensione dall'esercizio dell'attività di consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, fino a un massimo di un anno, per chi era imputato per una serie di reati ivi indicati³⁰ – e anch'essa aveva natura cautelare.

La disposizione – tacciata di incostituzionalità in riferimento agli artt. 3 e 117 primo comma Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 del protocollo addizionale 7 CEDU – conferiva alla CONSOB, secondo la giurisprudenza, un potere di vigilanza attiva e non sanzionatoria, dunque una funzione solo servente o anticipatoria rispetto ad eventuali provvedimenti sanzionatori³¹.

²⁸ Ad eccezione, come già detto, del caso in cui sopravvenga una sentenza assolutoria o di annullamento anche con rinvio *ex* comma 6 dell'art. 11; si tratta, però, di un'ipotesi pressoché di scuola, quantomeno con riferimento alla misura conseguente a condanna in grado di appello, considerato che il tempo necessario affinché la Corte di cassazione esamini il ricorso avverso la condanna in secondo grado è di gran lunga superiore ai 18 mesi previsti.

²⁹ In seguito alla citata sent. Cost. n. 222/2018, le Ss. Uu., ud. 28 febbraio 2019, hanno previsto che le pene accessorie previste dall'art. 216 legge fall., devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.; sul tema della fissità del *quantum* di pena v. anche Corte cost. n. 63/1963; Corte cost. n. 50/1980; Corte cost. n. 188/1982; Corte cost. n. 475/2002; con riferimento al tema della commisurazione della sanzione amministrativa v., per tutti, C. E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, p. 121.

³⁰ L'art. 55 Tuf (rubricato *Provvedimenti cautelari applicabili ai consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede*), è stato soppresso, a partire dal 26/08/2017, dall'art. 2 del d.lgs. n. 129 del 03 agosto 2017, ciò non ha però fatto venire meno la rilevanza della questione posta all'attenzione della Consulta; cfr. Sent. cost. § 3. Il comma 2 della disposizione recitava: "2. La CONSOB può disporre in via cautelare, per un periodo massimo di un anno, la sospensione dall'esercizio dell'attività qualora il consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede sia sottoposto a una delle misure cautelari personali del libro IV, titolo I, capo II, del codice di procedura penale o assuma la qualità di imputato ai sensi dell'articolo 60 dello stesso codice in relazione ai seguenti reati: a) delitti previsti nel titolo XI del libro V del codice civile e nella legge fallimentare; b) delitti contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica, ovvero delitti in materia tributaria; c) reati previsti dal titolo VIII del T.U. bancario; d) reati previsti dal presente decreto".

³¹ Come confermato dalle Ss. Uu. civili della Corte di cassazione, ord. 12 febbraio 2014, n. 3202 e dal Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 5 dicembre 2017, n. 5734; Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2015, n. 4226, condiviso dalla Consulta, cfr. sent. cost. n. 240/2018, § 4.2, che individua la specifica *ratio* della disposizione nella finalità di evitare il rischio che il coinvolgimento del consulente nel procedimento penale comprometta la fiducia dei risparmiatori e investitori nel buon funzionamento del mercato e nella correttezza degli operatori del mercato stesso (secondo la Consulta, si tratta di un'espressione della funzione di vigilanza che, conformemente a quanto previsto dalle direttive UE, ha per obiettivi, tra gli altri: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema

È la stessa Consulta, peraltro, a tracciare un’analogia fra la misura cautelare del TUF e la disposizione che qui ci occupa³².

Subito dopo aver esplicitato la *ratio* sottesa alla sospensione *ex art.* 55, comma 2, Tuf e ad aver effettuato il parallelo con la legge Severino, la Corte individua la caratteristica fondamentale che garantisce la salvezza alla disposizione censurata: la discrezionalità dell’autorità chiamata ad applicare la misura³³.

4. L’oggetto del giudizio di costituzionalità: fino a che punto è pensabile un recupero delle questioni “implicite”?

Un’ultima riflessione deve essere fatta relativamente all’ampiezza del giudizio di costituzionalità, per valutare la possibilità che la Consulta, in sede di deliberazione della questione – che, come anticipato, è fissata per un’imminente udienza in camera di consiglio il 29 gennaio 2020 – possa “recuperare” la tematica degli automatismi applicativi.

A ben vedere, più che “recuperare” le questioni, sarebbe corretto dire che occorre valutare se la Consulta possa *soffermarsi* sul problema degli automatismi applicativi: è infatti evidente che la loro ammissibilità è un presupposto logico/giuridico per approdare alla questione della differenza del termine della misura (12 mesi contro i 18 *standard*), per come posta dal Tribunale di Vercelli.

Stando alla giurisprudenza costituzionale sul punto, tale possibilità parrebbe da escludersi, perché l’ordinanza di rimessione è chiara nell’esprimere l’intenzione di contenere la questione al confronto fra le due categorie di condanna in appello e alla

finanziario). L’esclusione della natura sanzionatoria/penale della disposizione priva di rilevanza la censura fondata sulla violazione del *ne bis in idem*; cfr. sent. cost. n. 240/2018, § 4.3.

³² “Trattasi perciò di una misura di natura cautelare, non sanzionatoria, posta a tutela di un interesse pubblico, che presenta aspetti di analogia con la pur diversa ipotesi della sospensione dalle cariche elettive, che questa Corte ha qualificato come «misura sicuramente cautelare» rispondente a esigenze proprie della funzione pubblica, non assimilabile a una sanzione di natura penale (sentenze n. 276 del 2016 e n. 236 del 2015)”; v. sent. Cost. cit., § 4.2., la Corte non elabora su tale diversità, ma crediamo non rilevi ai fini della prospettiva qui di interesse.

³³ Stante l’art. 55, comma 2, Tuf, infatti, la CONSOB può (poteva), non deve, disporre. Secondo la Consulta “il provvedimento cautelare in discussione esprime un potere discrezionale della CONSOB, che implica una ponderazione dei vari interessi in gioco: da un lato l’interesse generale a che un soggetto accusato di gravi reati non continui a esercitare un’attività delicata, quale è quella di promozione finanziaria; dall’altro quello personale del consulente imputato alla prosecuzione dell’attività professionale. Nel bilanciamento degli interessi coinvolti, l’autorità procedente deve necessariamente tenere conto del sacrificio imposto agli interessi individuali del professionista e assicurarsi che esso sia necessario e proporzionato alle finalità pubbliche perseguite.” Posto che, nel caso di specie, la consulente/imputata che aveva sollevato la questione di costituzionalità, aveva subito l’applicazione una sospensione a titolo di sanzione amministrativa e un periodo di interdizione già disposto dal giudice penale *ex art.* 308, comma 2, c.p.p., così che la Consulta specifica che la CONSOB “nelle valutazioni discrezionali che sottendono l’applicazione della misura cautelare [...] non può non tenere conto degli effetti” di tali misure già subite. Sulla discrezionalità nella commisurazione della sanzione amministrativa, nonché per gli opportuni approfondimenti sugli intrecci fra le varie tipologie di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione cfr. C. E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, in part. pp. 91 e ss. e pp. 106 e ss., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

diversità nella rispettiva durata (fissa) della misura.

Ed è proprio l'ordinanza di rimessione, secondo un noto principio, a fissare l'oggetto del giudizio di costituzionalità: in una prima formulazione, la Consulta afferma infatti in una serie di pronunce che *“l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione”*³⁴.

Lo stesso principio della cristallizzazione del *petitum* nell'ordinanza di rimessione (*alias* principio della necessaria corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato) sembra, però, assumere una forma diversa in altre pronunce: altrove, la Consulta non parla di *“disposizioni e parametri indicati nelle ordinanze di rimessione”*, ma di *“norme e parametri indicati, pur se implicitamente, nelle ordinanze di rimessione”*³⁵.

Sia che ci si limiti a considerare le disposizioni indicate nell'ordinanza, sia che invece si ammetta l'estensione alle norme implicite ivi contenute, le due questioni afferenti agli automatismi applicativi non parrebbero oggettivamente escluse dal contenuto dell'ordinanza di rimessione, per lo meno se ci si limita a leggere il suo dispositivo³⁶.

³⁴ Prosegue *“con la conseguenza che non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze”*. L'inciso si ritrova, da ultimo, nella recentissima sent. Cost. n. 141/2019, § 2; v. anche, *ex multis*, sent. n. 78/2019, §3; n. 7/2019, § 4; n. 194/2018, § 4; n. 161/2018, § 2; n. 12/2018, § 2; n. 4/2018, § 2; n. 251/2017, § 3; n. 29/2017, § 4; n. 214/2016, § 3.4; n. 96/2016, § 2; n. 231/2015, § 3; n. 56/2015, § 3.1; n. 24/2015, in premessa; n. 83/2015, § 3; n. 271/2011, § 4; n. 236/2009, § 4; n. 56/2009, § 4; n. 86/2008, § 5.1; n. 244/2005, § 2.1; n. 174/2003, in premessa; n. 405/1999, § 2; n. 49/1999, § 3; n. 63/1998, § 3.

³⁵ Così, ad esempio, Corte cost., n. 227/2010; 134/2003, 130/2008, 56 e 236/2009, 50 e 368/2010, 87-114-237/2013, riportate in A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. cit.*, p. 211 [v. anche ord. n. 298/2011, ord. n. 139/2011; sent. 184/2011]; gli A. evidenziano che *“in materia di CEDU e bilanciamento fra diritti, dove la Corte sembra invece guardare al “complesso dei diritti”, attenuando l'esclusione dell'estensione/integrazione del parametro: cfr. nn. 264/2012, 85 [caso ILVA di Taranto]-170-202/2013”*. In realtà, quello che si dovrebbe dire è che l'oggetto del giudizio di costituzionalità sono le norme (ovvero una determinata interpretazione), anche se esso finisce ovviamente per colpire la disposizione e conseguentemente ogni norma astrattamente riconducibile a quella disposizione; cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. ult. cit.*, pp. 93 e ss.; V. MANES, *La proposizione...*, *cit.*, p. 247, il quale riporta l'efficace inciso contenuto in sent. Cost. n. 84/1996, secondo cui la Corte *“giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni”*; su *“situazione normativa”* e *“diritto vivente”* nell'individuazione dell'oggetto del giudizio di costituzionalità v. A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. ult. cit.*, pp. 94-95; V. MANES, *La proposizione...*, *cit.*, p. 241; identificava l'oggetto del giudizio nelle *“norme denunciate nel ricorso o nell'ordinanza”* V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova (1984), 1992, p. 378-379. Per quanto attiene alla portata dell'avverbio *“implicitamente”*, contenuto nell'inciso appena riportato nel testo, secondo una lettura *“restrittiva”* esso potrebbe essere riferito, ad esempio, ai casi in cui l'ordinanza faccia riferimento a una disposizione che rinvia ad un'altra, così che *“implicitamente”* la norma oggetto del giudizio sia quella che si trae dalla disposizione individuata dal rinvio; cfr. Corte cost., n. 117/1979, riportata in V. MANES, *op. ult. cit.*, p. 248, nota 250.

³⁶ Più precisamente, il Tribunale identifica la disposizione denunciata come *“l'art. 11, commi 1, lett. a) e 4, D.Lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 nella parte in cui prevede la sospensione dalle cariche [...] per la durata di diciotto mesi anche a carico di coloro che, essendo stati assolti con sentenza di primo grado, abbiano riportato in appello una condanna non definitiva per uno dei delitti indicati [...]”*. Quindi le disposizioni denunciate sono sia il primo comma dell'art. 11, che il *primo inciso* del comma 4 del medesimo articolo (anche se la norma denunciata è quella che applica la sospensione della durata di 18 mesi in caso di condanna intervenuta solo in appello). Le due disposizioni citate, però, sono rispettivamente suscettibili di generare la norma dell'automatismo nell'*an* dell'applicazione della misura (art. 11, comma 1) e la norma

Certo, esse potrebbero essere escluse in forza della motivazione dell'ordinanza, che però, come visto *supra* (§ 3), si rivela assolutamente inidonea a tale scopo³⁷.

Se poi ci si spinge a considerare, più in generale, lo "stato di salute" del principio della cristallizzazione del *petitum* nell'ordinanza di rimessione, si devono segnalare alcuni elementi che militano in favore di un suo potenziale ripensamento.

Il segnale più esplicito viene dalla vicenda Cappato, dove l'intervento della Consulta sulla questione, per come posta inizialmente dalla Corte d'Assise di Milano, è stato molto consistente: il giudice *a quo* denunciava l'incostituzionalità di un'intera fattispecie contenuta nell'art. 580 c.p.; la Consulta ha ritagliato al suo interno solo una classe di casi problematici³⁸.

È bene premettere da subito l'elemento che, almeno in apparenza, distingue nettamente il caso Cappato da quello che qui ci occupa: mentre in quella sede la Consulta ha "ridotto", precisato, la questione contenuta nell'ordinanza di rimessione, nel caso qui analizzato si tratterebbe, invece, di estendere il giudizio di costituzionalità a norme non esplicitamente ricomprese nel ragionamento dell'ordinanza di rimessione.

Si potrebbe dunque essere portati a pensare, confrontando i due casi, che l'operato della Consulta nel caso Cappato desti un minore allarme dal punto di vista del conflitto con la sfera di competenza del legislatore. Si potrebbe, però, obiettare che il fatto stesso di sottrarre alla Consulta la possibilità di rideterminare il proprio oggetto di giudizio, anche se in senso restrittivo, è la prima garanzia di contenimento del suo

dell'automatismo nel *quantum* (art. 11, comma 4, primo inciso).

³⁷ Come avvenuto, ad esempio, nella già citata sent. Cost. n. 222/2018, dove la Consulta considera la motivazione dell'ordinanza per escludere l'appartenenza al *petitum* della questione relativa all'automatismo nell'*an* dell'applicazione della pena accessoria: i casi sono, però, diversi. Mentre in quel caso l'ordinanza quasi non faceva menzione della questione, qui invece l'ordinanza cita le questioni degli automatismi, ma le rigetta con argomenti erranei.

³⁸ La Corte di Assise di Milano aveva sollevato la questione di costituzionalità principale in relazione all'art. 580 c.p. in modo piuttosto scarno, limitandosi a censurare la parte della fattispecie che puniva le condotte di aiuto a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio (per contrasto con gli artt. 3, 13, I comma e 117 della Costituzione in relazione agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo); cfr. Corte d'Assise Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, fasc. n. 2/2018. La Corte costituzionale, non condividendo la questione per come posta dalla Corte d'Assise "nella sua absolutezza" (cfr. § 3 e 4, Corte cost., ord 24/10/2018, n. 207, <https://www.penalecontemporaneo.it>), la rimodula inserendo delle condizioni tratte dalla "paradigmatica vicenda oggetto del giudizio principale". Tali condizioni sono: (i) l'elemento della patologia irreversibile in capo alla "vittima"; (ii) l'elemento delle sofferenze fisiche o psicologiche assolutamente intollerabili; (iii) che sia tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale; (iv) la sussistenza della capacità di prendere decisioni libere e consapevoli; parla di "chirurgico ritaglio del *petitum*" C. CUPELLI, [Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte](#), in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018; parla di "vera e propria ridefinizione della questione di legittimità" R. BARTOLI, nel suo contributo in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte Costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019, p. 1; "drastica delimitazione della questione" M. BIGNAMI, nel suo contributo al medesimo volume, p. 22; v. anche A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 805; F. CONSULICH – C. GENONI, *Intervento penale e decisioni sul fine vita. Alla ricerca di un diritto contemporaneo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-bis; G. GENTILE, *La Corte costituzionale e il suicidio assistito, tra giurisdizione e politica*, in *Foro it.*, 2019, p. 1888 ss.

potere³⁹. In ogni caso, la rimodulazione della questione operata dalla Consulta nel caso Cappato può e deve essere intesa in termini di *controllo* sull'ordinanza di rimessione, un'operazione di vero e proprio salvataggio della questione⁴⁰.

Il confronto dovrebbe invece essere impostato non tanto muovendo dal segno (se in senso estensivo o restrittivo) della decisione, quanto dall'analisi dei criteri in base ai quali la Consulta opera (o potrebbe operare, nel nostro caso) tale rimodulazione del *petitum*.

Nel caso Cappato, la Corte è stata guidata dalla considerazione dei valori coinvolti nel caso concreto⁴¹, si è mossa alla ricerca di caratteristiche che le sono sembrate universalizzabili (un'operazione certo non imposta, o comunque presidiata, da cogenti criteri logico-giuridici) e si è trovata a far corrispondere a tale innovazione "in entrata" un'innovazione "in uscita", rinviando il giudizio di un anno⁴².

Tale operazione di universalizzazione può certo essere ricondotta alla metafora del bilanciamento (fra autodeterminazione/dignità da una parte e tutela della vita dall'altra)⁴³, ma quello che veramente con ciò si vuole dire, fuor di metafora, è "solo" che

³⁹ Critica nei confronti dell'ordinanza n. 207/2018, proprio sul punto della violazione del *petitum*, G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2019, 22 gennaio 2019, p. 2 e ss.; v. anche C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall' "ordinanza Cappato"*, F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, p. 175.

⁴⁰ La Consulta stessa ha riconosciuto che in casi analoghi avrebbe pronunciato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la decisione a un monito al legislatore affinché intervenisse; cfr. Corte cost. ord. n. 207/2018, *cit.*, § 11; v. le considerazioni di V. MANES nelle note di udienza del 23 ottobre 2018 disponibile a questo [link](#), con riferimento all'ipotesi di una pronuncia di inammissibilità; sulla possibile natura ancipite della questione per come posta dalla Corte d'Assise v. A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, Università di Bologna, 12 ottobre 2018, p. 8, reperibile a questo [link](#); sul monito al legislatore v. G. LATTANZI, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, pp. 9-10, disponibile a questo [link](#).

⁴¹ L'insufficienza dello schema del monito al legislatore e l'impossibilità di permettere un'applicazione *medio tempore* della norma incriminatrice derivavano da "le peculiari caratteristiche e [...] la rilevanza dei valori" coinvolti nel caso di specie; cfr. Corte cost. ord. n. 207/2018, *cit.*, § 11; tali motivazioni "di valore" che, agli occhi della Consulta, giustificavano tale decisione erano, su tutti, l'autodeterminazione, ma anche la dignità umana (nella morte); v. C. CUPELLI, *Il caso Cappato ...*, *cit.*, § 8.1; v. anche D. PULITANÒ, [Il diritto penale di fronte al suicidio](#), in *Dir. pen cont.*, 2018, 7-8, p. 75; V. MANES nelle note di udienza del 23/10/2018, *cit.*, in part. § 2.1.

⁴² Come noto, infatti, la Consulta in quell'ordinanza ha deciso di sospendere gli effetti della propria decisione di un anno, onde permettere al legislatore di intervenire con una legge *ad hoc*, e lo ha fatto perché la mera estromissione delle ipotesi identificate con i succitati 4 criteri dalla sfera applicativa della fattispecie di cui all'art. 580 c.p. avrebbe lasciato "del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito di altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi"; cfr. Corte cost. ord. n. 207/2018, *cit.*, § 10. Il tema della novità della soluzione adottata dalla Consulta è sottolineato dallo stesso Francesco VIGANÒ, Giudice costituzionale, che parla di "ordinanza inedita, nella forma e nella sostanza", nella Prefazione al citato lavoro curato da F.S. Marini e C. Cupelli, nell'ambito del quale l'innovazione contenuta nell'ord. n. 207/2018 è in particolare indagata nei contributi di M. BIGNAMI, U. COREA e C. GIUNTA); sui profili di novità della decisione v. anche F. VIGANÒ, [The Italian Constitutional Court on assisted suicide](#), in *Criminal Justice Network*, 27 novembre 2018.

⁴³ Ancora nelle parole di F. VIGANÒ: "[...] uno spirito di leale collaborazione, e se si vuole di judicial modesty, ricercato però dalla Corte senza rifuggire dalle proprie responsabilità costituzionali, che già oggi sono state esercitate nell'indicare le linee essenziali di un bilanciamento difficile, che il legislatore potrà poi – nell'ambito della propria

esiste un onere di razionalità argomentativa, in capo all'interprete, nella motivazione della scelta di quale norma debba prevalere⁴⁴.

Tale procedimento presenta ineliminabili componenti intuitive, non deduttivamente valide, al di fuori del campo della "verità analitica": il controllo sull'atteggiamento valoriale dell'interprete nei confronti degli interessi in gioco si converte in controllo sulla proiettabilità delle "caratteristiche archetipiche" che costituiscono il caso concreto, si tratta di un procedimento che non è diverso da quello proprio della creazione della fattispecie normativa⁴⁵.

Il cuore problematico di tale procedimento di universalizzazione è il giudizio di valore che esso necessariamente presuppone, dunque un elemento di irrimediabile incertezza, certo non riconducibile a un insieme determinato di regole di selezione né, in generale, formalizzabile.

La tenuta della decisione, dunque, sta tutta nella sua razionalità, ovvero nella sua capacità di difendersi da obiezioni, critiche e richieste di giustificazioni anche solo potenzialmente opponibili dai partecipanti al *discorso*⁴⁶.

discrezionalità – ulteriormente arricchire e precisare"; ID., *Prefazione*, in F.S. MARINI – C. CUPELLI, *op.cit.*, p. XVIII.

⁴⁴ Cfr. B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, n. 3/2005, p. 443 "all'immagine del bilanciamento non corrisponde alcun concetto"; v. anche G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 2007, p. 240 (che si apre con un'eloquente citazione di B. Cardozo sull'uso delle metafore nel diritto); R. BIN, "Al cuor non si comanda". *Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 323 e ss.; ID., *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Ragion Pratica*, 2000, p. 17; cfr. G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza 26 ottobre 2009.

⁴⁵ Cfr. B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, in S. Pozzolo (a cura di), *La legge e i diritti*, Torino, 2002, p. 109, osserva che nella generalizzazione induttiva alcuni tratti del caso sono proiettabili, altri no; G. ITZCOVICH, *Bilanciamento ad hoc e bilanciamento definitorio. Bilanciamento "ragionevolmente definitorio"? Ponderazione fra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, n. 3/2003, p. 109; v. anche J. RAZ, *Legal Reasons, Sources and Gaps*, in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 52; I. PORAT, *The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing*, in *Cardozo law review*, 2006, p. 1393; A. STONE SWEET, *Proportionality balancing and global constitutionalism*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2008, p. 72; ID., *All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2010, p. 1; S. GREER, "Balancing" and the European Court of Human Rights: a contribution to the Habermas-Alexy Debate, in *Cambridge Law Journal*, 2004, p. 412. G. PINO, *Conflitto e bilanciamento ...cit*; A. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2009, pp. 143 e ss.; con specifico riferimento al bilanciamento in riferimento al tema della dignità umana come oggetto di tutela cfr. ID., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2012, in part. p. 898 e ss.; di recente l'A. è ritornato sul tema con un ampio studio, suddiviso in tre parti, su diritto penale contemporaneo, dal titolo *Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche*, in particolare la prima parte è dedicata al bilanciamento ad hoc e la terza parte, che pare non ancora disponibile, dovrebbe riguardare più specificamente l'elaborazione della regola di conflitto da parte della Consulta.

⁴⁶ Cfr. E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Bologna, 1999, p. 98. La decisione assumerebbe dunque le cadenze di un ragionamento di tipo "coerentista", con cui il giudice si preoccupa di esplicitare i fondamenti della decisione, l'"intelligibilità dei valori e delle ragioni" (cfr. A. TESAURO, *Il bilanciamento... cit.*, p.

Per quanto ci sembri impossibile contestare l'opportunità della decisione assunta dalla Corte costituzionale (quantomeno sul piano dei valori), ci pare altrettanto, se non più, difficile affermare che la forma dell'ordinanza n. 207/2018 fosse obbligata: che non si potesse, ad esempio, giungere a una diversa individuazione dei parametri utilizzati per raffinare e precisare la questione sollevata dalla Corte d'Assise⁴⁷.

Non è questa la sede per valutare se il ritratto di Dj Fabo offerto dalla Consulta, tramite la scelta di quegli specifici parametri, sia sufficientemente "paradigmatico": se si è invocata la vicenda, è solo per evidenziare il margine di discrezionalità che ha caratterizzato l'estensione del *petitum* in quella sede.

In conclusione, ritorniamo al caso qui commentato, ed è ora lecito chiedersi: l'estensione del *petitum* – a norme non esplicitamente denunciate dal giudice *a quo* – sarebbe qui altrettanto discrezionale?

Crediamo di no. Riassumendo quanto fin qui esposto, infatti, l'estensione del *petitum* potrebbe fondarsi su criteri molto più prevedibili e "necessitati", quali: (i) gli errori dell'ordinanza di rimessione nel rigettare la questione⁴⁸ e, soprattutto, (ii) la sovra

187, che si rifà a J. Raz) e della "proiezione di ragioni da casi passati a casi futuri, l'estrapolazione dall'attuale al possibile"; così B. CELANO, *Particolarismo, caratterizzazioni di desiderabilità, pluralismo etico. Considerazioni sulla forma del ragionamento pratico*, in *Ragion pratica*, 2006, n. 26, p. 141. È chiaro sul punto il Giudice costituzionale F. Viganò, nella già citata *Prefazione*, laddove parla della "consapevolezza, che tutti noi avevamo, che il ruolo del giudice costituzionale non è (solo) quello di rendere giustizia nel singolo caso concreto dal quale trae origine la questione, ma è, anche e soprattutto, quello di creare le basi per una soluzione "giusta" per un numero indeterminato di casi futuri"; così F. VIGANÒ, in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, p. XVI.

⁴⁷ Il caso concreto ne avrebbe potuto offrire altri: cfr. B. CELANO, "Defeasibility" e bianciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili, in *Diritti&questioni pubbliche*, n. 2 agosto 2002, sull'argomento particolarista, in part. p. 42; v. anche il contributo di F. LAZZERI in F.S. Marini – C. Cupelli (a cura di), *op. cit.*, pp. 194 e ss., in part. p. 196 e ss., che evidenzia alcune criticità del requisito della dipendenza del paziente dal trattamento di sostegno vitale.

⁴⁸ È infatti indubabilmente un errore quello ritenere che la giurisprudenza della Consulta sulla legge Severino abbia già risolto la questione, soprattutto se, allargando la prospettiva alla giurisprudenza costituzionale non strettamente relativa alla legge Severino, emergono, come visto (*supra*, § 3) sufficienti spunti per valutare la fondatezza della questione e per argomentare in favore del suo accoglimento. Senza contare che l'art. 24, comma 1, l. n. 87/1953 prevede che "L'ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata"; constata che tale obbligo di motivazione rinforzata è spesso violato dai giudici V. MANES, *La proposizione...*, *cit.*, p. 187, in part. nota 47. Si veda, però, Corte cost. n. 195/2018, ove la Corte rigetta la questione opponendo il fatto di essersi già pronunciata sul punto, citando però lo specifico precedente e riprendendone i punti salienti, ben diversamente da come fatto nell'ordinanza del Tribunale di Vercelli nell'ordinanza qui commentata (e rigetta come irrituale un "atto di integrazione" presentato dal giudice rimettente successivamente all'atto di promovimento). Se non fosse per controllare eventuali errori contenuti nell'ordinanza, perché l'art. 23, l. n. 87/1953 prevede che l'ordinanza debba riferire "i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione"?

Infine, si deve considerare che il Tribunale finisce per sollevare una questione diversa da quelle presentate dalla parte. Relativamente al tema dei poteri, in capo al giudice *a quo*, di rimodulazione dell'istanza di rimessione per come presentata dalla parte si contrappongono due visioni. Secondo la prima, il giudice può anche accogliere solo parzialmente la questione, modificandola e trasformandola (in senso riduttivo o ampliativo), eventualmente reinterpretando le disposizioni impugnate e le norme evocate come parametro; cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985, p. 66 e ss.; un'altra teoria ritiene, invece – valorizzando l'art. 23, l. n. 87/1953 nella parte in cui afferma che il giudice di merito

ordinazione logico-giuridica della questione “implicita”, rispetto a quella fatta oggetto dell’ordinanza di rimessione.

Vale invece la pena di soffermarsi, in conclusione, sul criterio della presupposizione logico-giuridica della questione dell’automatismo⁴⁹.

Un tale criterio di stretta consequenzialità è già presente nella disciplina normativa del giudizio di costituzionalità, ovvero nell’art. 27, l. n. 87/1953, che sancisce che la Consulta si pronunci, quando accoglie la questione, su “*altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*”.

Nonostante sia un potere eccezionale⁵⁰, si deve dare atto del fatto che la Corte dimostra di fare un uso ampio, non limitato ai casi in cui viene dichiarata l’illegittimità costituzionale conseguente di disposizioni che *presuppongono* quella oggetto della questione, ma anche a casi, ad esempio, in cui si estende il vizio in base al (diverso) criterio dell’analogia⁵¹.

In conclusione di questa “provocazione”, dobbiamo certo dare atto del fatto che, se si ammettesse un tale scenario come quello qui evocato – ove esiste un potere eccezionale in capo alla Consulta di controllo dell’ordinanza di rimessione – rimarrebbe poi ovviamente aperto il problema delle rime obbligate. È infatti evidente che pronunciare l’incostituzionalità (i) dell’automatismo relativo all’*an* nell’applicazione della sospensione dalla carica; (ii) dell’automatismo relativo al *quantum* ovvero, infine, (iii) della sola parte della disposizione in cui si stabilisce una determinata durata invece di un’altra per un caso particolare, non è assolutamente la stessa cosa: si tratta di tre opzioni ben distinte, ciascuna delle quali suscettibile di comportare una pronuncia diversa, e ciascuna delle quali con una diversa possibilità di riscontrare una sostituzione costituzionalmente obbligata già presente nell’ordinamento.

Ci fermiamo qui, l’intento era solo quello di evidenziare che, in alcuni casi, il

“emette ordinanza con la quale, riferiti i termini e i motivi dell’istanza con cui fu sollevata la questione” – che il giudice a quo possa, a tutto concedere, aggiungere un *aliquid novi* rispetto alla primigenia istanza, ma non far valere, con un’unica ordinanza, due diverse q.l.c. sulla diversa legge” (cfr. Corte cost. n. 96/2012); cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 211; v. anche V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 189, dove il dibattito è ripreso.

⁴⁹ Un buon esempio del ricorso a un criterio di consequenzialità logico-giuridica da parte della Consulta è sent. n. 322/2007, sul tema dell’*error aetatis*. In quella sede, la Consulta decide nel senso dell’inammissibilità della questione per come posta dal giudice rimettente, denunciando (*ibid.*, § 3) la carenza della necessaria consequenzialità logico-giuridica fra le premesse argomentative del rimettente e il *petitum* formulato nell’ordinanza, concernente l’art. 609 *quinquies* c.p. nella sua globalità; più oltre si parla di “salto logico” fra premesse e *petitum* dell’ordinanza (*ibid.* § 4).

⁵⁰ Eccezione al principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato; cfr. V. CRISAFULLI, *op. cit.*, p. 380.

⁵¹ Ad esempio nella recente sent. n. 149/2018, la Consulta pronuncia l’incostituzionalità dell’esclusione dai benefici penitenziari prevista dall’art. 58 *quater*, comma 4, l. n. 354/1975 per i condannati all’ergastolo per il delitto di cui all’art. 630 c.p. (questione sollevata dal ricorrente) e dichiara altresì, in via consequenziale, l’illegittimità costituzionale della parte della medesima disposizione che escludeva tali benefici anche per i condannati all’ergastolo ex art. 289 *bis* c.p., argomentando concisamente in base al solo fatto che si tratterebbe di una “disciplina identica”; cfr. V. MANES, *La proposizione...*, cit., p. 242 e ss., il quale registra più in generale l’uso “generoso” del potere di modifica del *petitum* qui in oggetto da parte della Consulta, citando quali ulteriori esempi sent. cost. n. 236/2018 e n. 333/2009 il che, però, non sempre accade: si vedano le riflessioni conclusive di S. DELSIGNORE, *L’ultima spallata...*, cit. sul caso ivi commentato.

controllo della Consulta sull'ordinanza di remissione può (almeno apparire) molto più rigidamente predeterminato e rigoroso di quanto si possa pensare: sono solo spunti che si possono valorizzare nel contesto del (potenziale?) mutamento di paradigma del giudizio di costituzionalità, dove anche il *tertium comparationis* e le rime obbligate stanno attraversando progressive rimodulazioni⁵².

⁵² Il tema è troppo ampio per essere qui affrontato, per un'introduzione a come il giudizio di ragionevolezza e il principio delle rime obbligate abbiano subito alcune "mutazioni" rinviamo ai contributi citati *supra* alla nota 9. Nel caso Cappato, la Consulta, nel proprio comunicato stampa del 25 settembre 2019, ha fatto sapere di essere giunta alla preannunciata sentenza di parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p. e cerca una riconciliazione con il principio delle rime obbligate (dopo l'innovazione portata con l'ord. n. 207/2018) subordinando la non punibilità *ex art.* 580 c.p. al rispetto delle modalità previste dalla normativa sul consenso informato, sulle cure palliative e sulla sedazione profonda continua (art. 1 e 2 l. n. 219/2017) e alla verifica sia delle condizioni richieste che delle modalità di esecuzione da parte di una struttura pubblica del SSN, sentito il parere del comitato etico territorialmente competente: la Corte dunque, anche a fini di tutela di persone specialmente vulnerabili, desume le specifiche condizioni e modalità procedurali da norme già presenti nell'ordinamento, in attesa di un intervento da parte del legislatore. Si vedano anche le riflessioni di F. PALAZZO, *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2019, in part. p. 2400, ove: *"Dinanzi a una situazione siffatta non solo è naturale che la Corte costituzionale si faccia più avvertita, più incline ad assumere un controllo più diretto e accentrato dell'involuzione che corrode il sistema. Ma è anche del tutto consequenziale che i suoi strumenti si facciano più penetranti"*.