

Due tecniche decisorie controverse: le sentenze di accoglimento “a rime adeguate” e le decisioni di rinvio dell’udienza a data fissa con incostituzionalità prospettata

Nicolò Zanon

Sommario: 1. *Disclaimer* sul ricorso a una certa libertà critica da parte di un giudice costituzionale – 2. Un formidabile “uno-due”, e vacillano antiche certezze – 3. La teorica delle rime adeguate o possibili – 4. Un passo indietro: la nascita della teorica delle rime costituzionalmente obbligate e le critiche che essa suscitò – 5. Grandezze pre-date vs. rime obbligate: chi ha più *auctoritas*? – 6. Il cd. rinvio a data fissa in occasione di un’illegitimità costituzionale prospettata ma non dichiarata – 7. *Segue*: tra leale collaborazione e separazione dei poteri – 8. *Segue*: una legislazione davvero coartata nei tempi e nei contenuti?

1.- *Disclaimer* sul ricorso a una certa libertà critica da parte di un giudice costituzionale

Queste non sono conclusioni, né lo potrebbero ovviamente essere, vista la delicatezza e la vastità del tema. Sui nuovi profili del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, quali emersi nella più recente giurisprudenza, in particolare nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, abbiamo ascoltato accenti differenti: le lucide critiche di Massimo Luciani e di Roberto Pinardi alle nuove tecniche decisionali; la voce di Paolo Carnevale, maggiormente disponibile a farsi carico delle esigenze della Corte; e, tra gli interventi dei colleghi giudici, le acute riflessioni di Francesco Viganò, indirizzate a spiegare e, in buona misura, a giustificare le scelte giurisprudenziali.

Provo ad aggiungere qualche riflessione. È forse superfluo ricordare che, sulla scena dei giudizi in via incidentale, protagonista non è solo la Corte. Gli attori sono (almeno) tre: i giudici comuni, che decidono (o non decidono!) di investire la Corte costituzionale e sono perciò, come ben noto, gli introduttori necessari del processo costituzionale stesso; la Corte costituzionale, e lo stesso legislatore, che dovrebbe osservare attentamente quel che in Corte viene deciso sulle “sue” leggi.

Su alcune dinamiche di questo rapporto a tre intendo soffermarmi.

Per giustificare la relativa libertà critica con cui discorrerò di questo tema (e che può apparire singolare da parte di un componente della Corte) mi appello alla “convenzione” di cui ragionò, a suo tempo, Alessandro Pizzorusso. Premesso che nel nostro sistema di giustizia costituzionale non è prevista la *dissenting opinion* e quel che accade nella camera di consiglio della Corte si ritiene debba restare riservato, la “convenzione” cui mi riferisco consente che, in occasione di convegni, seminari o articoli scientifici, i giudici in carica, o cessati da essa (soprattutto quelli di origine accademica) facciano talvolta trapelare le proprie opinioni sulla

giurisprudenza cui hanno (o non hanno!) contribuito durante il proprio mandato¹. Faccio soprattutto affidamento sulla circostanza che, quando gli atti di questo seminario usciranno, il mio mandato di giudice sarà esaurito, sicché quel che scrivo potrà valere, al più, come una sorta di riflessione “postuma” ...

Ciò premesso, anche tenendo conto di quel che abbiamo ascoltato dai relatori, i profili del rapporto tra Corte e legislatore di cui vorrei particolarmente ragionare sono i seguenti: *a*) la questione del (presunto? definitivo?) abbandono delle pronunce di accoglimento “a rime costituzionalmente obbligate”, particolarmente (ma non solo) nell’ambito del controllo di legittimità costituzionale sulla legislazione penale e processual-penale, in occasione di giudizi in via incidentale; *b*) la giurisprudenza costituzionale inaugurata con il cd. “caso Cappato”, cioè le pronunce che prevedono un rinvio dell’udienza “a data fissa”, a seguito di un’illegittimità costituzionale “prospettata” ma non dichiarata, nei casi in cui la Corte ritiene di non poter intervenire immediatamente, ma preferisce concedere al legislatore un tempo per rimediare al *vulnus* costituzionale pur riscontrato.

Lascio invece da parte il tema delle pronunce che dichiarano la questione inammissibile per discrezionalità legislativa, ma rivolgono contemporaneamente al legislatore un monito, più o meno forte e più o meno ultimativo, avvertendolo che, in caso di inerzia, la Corte non potrà esimersi, se nuovamente adita, dall’intervenire con una sentenza di accoglimento: questo tema è, infatti, particolarmente e criticamente esaminato nello scritto di Roberto Pinardi, che ottiene anche una risposta, su alcuni profili, da parte di Viganò. Rinvio sul punto ad entrambi.

2. - Un formidabile “uno-due”, e vacillano antiche certezze

Il primo tema che vorrei affrontare riguarda il destino e il ruolo delle cd. “rime costituzionalmente obbligate” nella giurisprudenza costituzionale italiana, e in particolare nelle sentenze di accoglimento che generalmente si definiscono manipolative.

Nell’ottica di spiegare (non dico necessariamente di giustificare) alcune scelte della Corte, può essere istruttivo, sul tema, il breve racconto di una specifica vicenda, peraltro non particolarmente nota alla comunità legale italiana.

La vicenda prende le mosse dalla sentenza n. 223 del 2015 della Corte costituzionale, con cui è dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 649, primo comma, cod. pen², sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. La disposizione prevede una tradizionale (e, al giorno d’oggi, come si dirà, anacronistica) causa di non punibilità, che assiste colui che compie reati contro il patrimonio (ad es. truffa) a danno dei propri stretti congiunti (coniuge non legalmente separato, ascendente o discendente o affine in linea retta, fratello o sorella convivente). Il secondo comma della medesima disposizione – non censurato e

¹ Cfr. A. Pizzorusso, *Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l’introduzione del dissenso nelle motivazioni delle decisioni della Corte costituzionale*, in A. Anzon, a cura di, *L’opinione dissenziente*, Atti del seminario svoltosi in Roma – Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993, Milano 1995, p. 58.

² Art. 649 cod. pen. - “Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno di congiunti”.

1. Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in danno:

1) del coniuge non legalmente separato;

1-bis. della parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso;

2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell’adottante o dell’adottato;

3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano.

2. I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato o della parte dell’unione civile tra persone dello stesso sesso, nel caso in cui sia stata manifestata la volontà di scioglimento dinanzi all’ufficiale dello stato civile e non sia intervenuto lo scioglimento della stessa, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll’autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell’affine in secondo grado con lui conviventi.

3. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone.

comunque non applicabile nel giudizio *a quo* – prevede invece, per i reati commessi a danno dei parenti meno stretti (coniuge legalmente separato, fratello o sorella non conviventi ecc.), una procedibilità a querela.

Il giudice *a quo* lamentava, in sostanza, l'anacronismo e l'irragionevolezza della sola disposizione di cui al primo comma.

La Corte costruì una motivazione che sembrava preludere all'accoglimento della questione. Escluse, innanzitutto, che si trattasse di una richiesta che intendeva ottenere una pronuncia di accoglimento additiva *in malam partem*. Ribadì (più come formale ossequio) il tradizionale atteggiamento di deferenza nei confronti del legislatore penale, riconoscendo che il settore delle scelte di politica criminale è caratterizzato da una discrezionalità particolarmente ampia. Ma osservò che, alla stregua della mutata realtà sociale, quella tradizionale area di impunità endo-familiare – ereditata da una norma tipica dei codici ottocenteschi, ispirata dalla necessità di evitare l'ingresso della pretesa punitiva statale dentro l'istituzione familiare, che risultava così autorizzata a "lavare" in autonomia i propri panni – era ormai priva di giustificazione ragionevole.

La Corte scrisse: «*Ben vero che la discrezionalità legislativa si esercita non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa conservazione, nel tempo, dei valori normativi già affermati nell'ordinamento. Né può dimenticarsi il limite fondamentale posto all'azione di questa Corte, cui è precluso "ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento" (art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»). E tuttavia, l'intervento di questa Corte si legittima in casi, come quello in esame, nei quali l'inopportuno trascinarsi nel tempo di discipline maturate in un determinato contesto trasmodi, alla luce della mutata realtà sociale, in una regolazione non proporzionata e manifestamente irragionevole degli interessi coinvolti».*

Questo passaggio – che comprende anche l'evocazione del "goffo" art. 28 della legge n. 87 dl 1953, disposizione sulla quale si sofferma nel suo scritto Viganò – evoca formidabili problemi teorici e solleva interrogativi. La Corte dice, in sostanza, che una norma di legge, nata ragionevole in un determinato contesto sociale e culturale, non lo sarebbe più al mutare radicale di quel contesto. Non è una novità, certamente, essendo conosciuta a giurisprudenza e dottrina l'illegittimità costituzionale per anacronismo legislativo. Ma sarebbe da chiarire, ad esempio, quali siano i contorni di questo vizio, e quale rapporto vi sia tra esso e le ipotesi di illegittimità costituzionale sopravvenuta. Insomma, i presupposti interpretativi del ragionamento che conduca all'accoglimento (chi e come, ad esempio, registra la "mutata" sensibilità sociale, senza che sia mutato il diritto applicabile?) non sono di facile impostazione. Ma la motivazione di una sentenza, necessariamente essenziale, non può aprire questa discussione. Resta però il fatto che le affermazioni riportate sembrano, come si diceva, preludere all'accoglimento della questione.

Così, tuttavia, non accade. La motivazione, ampia e articolata, invece che condurre a una sentenza di accoglimento, lascia spazio a una conclusione diversa. La Corte si ritrae, decidendo per l'inammissibilità.

Per quali ragioni?

Vi era intanto un problema di effetti. La dichiarazione di illegittimità costituzionale del solo primo comma, secondo la richiesta del giudice *a quo* (che del resto quel solo comma doveva applicare nel suo processo), avrebbe comportato una punibilità incondizionata per i parenti più stretti. Ma sarebbe sopravvissuta la punibilità a querela per quelli meno stretti: in questo modo, la *ratio* della disposizione sarebbe risultata rovesciata irragionevolmente, e la sentenza della Corte avrebbe paradossalmente prodotto una situazione di asimmetrica ingiustizia, in lesione dell'art. 3 Cost. e, perciò, anche del principio (giurisprudenziale, e di solido buon senso) per cui da una sentenza di accoglimento della Corte non devono derivare effetti contrari a Costituzione³.

³ Cfr. in tal senso, da ultimo, la sent. n. 22 del 2022, in tema di residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (cosiddette REMS): la Corte, pur ravvisando nelle disposizioni censurate una violazione degli artt. 25, terzo comma, e 32, secondo comma, Cost., ha

Soprattutto, la caducazione del comma censurato avrebbe comportato, di fronte alla Corte, lo spalancarsi di una molteplicità di possibili discipline alternative, idonee ad evitare la conseguenza derivante da una dichiarazione “secca” d’illegittimità costituzionale: cioè la prevalenza indiscriminata, per alcune figure parentali, della perseguibilità e della punibilità *ex officio*. Ad esempio, considerando la ricordata struttura complessa della disposizione censurata, sarebbe stato in astratto possibile estendere anche ai casi del primo comma la procedibilità a querela prevista al secondo comma; oppure sarebbe stata pensabile una nuova selezione dei reati legittimanti un trattamento di favore, o, ancora, una nuova distinzione e selezione delle figure parentali da includere o escludere dalla disciplina.

Mancava, insomma (o meglio: così disse la Corte), un unico rimedio costituzionalmente obbligato, in una materia, quella delle scelte di politica criminale, in cui, come è (o meglio, come era...) noto, spetta al legislatore una discrezionalità tradizionalmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi in gioco. Un ambito in cui, al contrario, la Corte incontra (o meglio, come vedremo, *incontrava*) evidenti limiti.

Concludendo, la Corte ritenne di ripiegare verso una pronuncia di illegittimità costituzionale “accertata ma non dichiarabile e non dichiarata”, per assenza di rime obbligate. Ciò si tradusse in una decisione di inammissibilità (peraltro seriamente criticata in dottrina⁴), accompagnata da una motivazione severa e da un forte invito al legislatore a intervenire.

Il legislatore, questo è però il punto, resta inerte. Il monito giace inascoltato. Anzi, probabilmente – il che è anche peggio – esso è proprio non conosciuto.

Infatti, in realtà, il legislatore interviene ma, singolarmente, lo fa nella direzione contraria a quella auspicata dalla sentenza. La causa di non punibilità – immutata nei suoi contenuti, destinatari, ecc. – non solo non viene eliminata o modificata, ma viene addirittura estesa a beneficio della parte della (neo-introdotta) unione civile tra persone dello stesso sesso (art. 1 d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 6).

Per intenderci bene sul significato complessivo della operazione legislativa in tal caso compiuta: una disposizione risalente, nata nell’Italia dell’Ottocento nei codici penali degli Stati preunitari, tipicamente legata ad un’idea assai tradizionale di famiglia, viene *sic et simpliciter* applicata, senza alcuna remora o riflessione, alla “modernissima” disciplina delle unioni civili *same sex*! C’è di che sorridere, forse amaramente.

Beninteso, ciò è probabilmente accaduto senza alcuna attenzione o volontà specifica, nell’ambito della generalizzata estensione alla nuova disciplina in tema di unioni civili di alcune (non tutte, come sappiamo) delle regole tipiche della famiglia. Dal punto di vista che qui interessa, tuttavia, è proprio il carattere spensierato e disattento dell’operazione a costituire problema, e a provocare l’effetto paradossale di vedere una disciplina del tutto anacronistica (affermata tale, sia pur senza trarne la conseguenza “finale”, da una sentenza della Corte costituzionale) applicata anche alla nuova forma familiare.

Corollario che fa ulteriormente riflettere: con la pronuncia n. 57 del 2018, la Corte affronta un’ordinanza di rimessione in cui il giudice *a quo*, preso atto dell’estensione legislativa della causa di non punibilità alla parte dell’unione civile, lamenta che la stessa estensione non riguardi il convivente *more uxorio*, e chiede alla Corte di colmare tale lacuna, ai suoi occhi inaccettabile.

dichiarato la questione inammissibile, perché una sentenza di accoglimento avrebbe prodotto «un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti» e «un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira[va] invece a rendere più efficiente il sistema esistente». Nella stessa direzione v., tra le più recenti, anche la sent. n. 21 del 2020.

Tornando al caso della sent. n. 223 del 2015, per vero, sarebbe stata forse utilizzabile la tecnica della illegittimità costituzionale consequenziale, ai sensi dell’art. 27 della legge n. 87 del 1953, per quanto il legame tra i due commi dell’art. 649 cod. pen. non risultasse così stretto, come invece dovrebbe essere affinché il ricorso a tale tecnica sia corretto.

⁴ Cfr. lo stesso R. Pinardi, *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, pp. 2071 ss.

La motivazione dell'ordinanza di rimessione dimostra, tra l'altro, che il giudice rimettente ignorava completamente la *stessa esistenza* della sentenza n. 223 del 2015.

La Corte, scoraggiata dal terribile "uno-due" (innovazione legislativa che ignora il monito contenuto nella sentenza 223 del 2015; nuova ordinanza di rimessione di un giudice che nemmeno conosce la sentenza costituzionale, e che auspica l'estensione di una disposizione così mal giudicata dalla Corte), si libera allora della questione con una pronuncia di inammissibilità per difetto di motivazione sulla rilevanza (non era chiaro, e comunque il giudice *a quo* non aveva precisato, se l'autore del reato fosse convivente nel momento in cui aveva commesso il reato). L'ordinanza tralascia di svolgere qualunque altra considerazione, sia sul proprio precedente, sia sulla causa di non punibilità (sia, se è concesso, sull'insipienza del giudice rimettente).

In ogni caso, la morale di questa specifica vicenda sembra esser questa: il rigido rispetto del limite fissato ai poteri della Corte, nonché la fedeltà alla dottrina delle rime obbligate, hanno finito per lasciare in vita una disposizione la cui irragionevolezza era pur stata esplicitamente riconosciuta. Con un ulteriore (pessimo) risultato: il legislatore ne ha esteso l'applicazione a nuove fattispecie.

Facile, col senno di poi, desumerne che si doveva forse evitare la pronuncia di inammissibilità e accogliere la questione, a costo di provocare un effetto sistematicamente insoddisfacente, o addirittura una lacuna nella tutela di determinati beni, diritti o principi: ciò che avrebbe presumibilmente spinto il legislatore a un veloce e complessivo intervento riformatore nella materia dei reati patrimoniali contro i prossimi congiunti.

La Corte, come nella sostanza sostiene Pinardi, avrebbe cioè dovuto fare il proprio mestiere, dichiarando l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata.

Negli anni successivi, La conseguenza che la Corte ha tratto da questa vicenda è invece diversa, come si vedrà.

3.- La teorica delle rime adeguate o possibili

Il caso utilizzato come esempio rivela l'esistenza di un notevole problema, anche e forse soprattutto per chi, come chi scrive, non ama l'interventismo giurisdizionale e non intende abdicare alla (ragionevole) difesa della discrezionalità legislativa né al rispetto del principio della separazione dei poteri.

Si potrebbe dire, soprattutto, che una vicenda del genere mostra che, nel migliore dei mondi possibili, una giustizia costituzionale corretta, efficace ed efficiente si fa in due (o meglio, in tre). La Corte ha bisogno del legislatore e dei giudici comuni. È necessario che il legislatore conosca e segua i moniti della Corte, così come è necessario che i giudici comuni conoscano e rispettino la giurisprudenza costituzionale.

In partenza, è ovviamente necessario che la Corte non ecceda dai limiti dei propri poteri, quali desumibili dalla Costituzione e dalle fonti normative che ne disciplinano l'attività.

Se, però, il legislatore non è attento e pronto a seguire ciò che la Corte afferma, anche nei vari moniti o nelle indicazioni ricavabili dalle sentenze, può accadere che la Corte si induca a fare da sé: ed è (anche) questo a comportare rischi di carattere sistematico, in primo luogo proprio per ciò che concerne la posizione e il ruolo che la Corte riveste nel sistema. Insomma, l'inefficienza o l'inerzia del legislatore, a cascata, possono ingenerare ulteriori danni, relativi alla funzione della giustizia costituzionale.

Dal punto di vista della Corte, il problema, semplificando un poco, è il seguente: a che scopo indirizzare al legislatore moniti che corrono il serio rischio di restare ignorati, quando si tratta di far prevalere immediatamente la superiorità della Costituzione e di eliminare, per quanto possibile, la lesione denunciata? Inoltre, e soprattutto: se la scelta da compiere è fra l'affermazione di un principio costituzionale in ipotesi lesa, da una parte, e la difesa della discrezionalità legislativa, dall'altra, come non dare prevalenza alla prima?

Nella conferenza stampa del 2018 del Presidente della Corte Giorgio Lattanzi si trova una vera e propria rivendicazione di questa posizione, con particolare riferimento alla materia penale: «... è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale».

Questa affermazione di principio ne trascina con sé un'altra. Se manca una soluzione costituzionalmente obbligata, che possa automaticamente colmare il vuoto aperto dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, ciò non può di per sé orientare il giudice costituzionale verso una pronuncia d'inammissibilità. La novità si coglie, particolarmente, con la sentenza n. 222 del 2018, che dichiara costituzionalmente illegittima una previsione contenente una pena accessoria fissa (non modulabile dal giudice), senza arrestarsi davanti alla constatazione che la diversa pena con cui sostituirla (necessariamente da prevedere nel dispositivo della sentenza di accoglimento, giacché altrimenti si sarebbe causato un vuoto di tutela del bene protetto dalla norma incriminatrice) non si imponeva a rime obbligate. Come ricorda sempre il Presidente Lattanzi, la Corte ha qui ritenuto di poter surrogare l'originaria e incostituzionale risposta punitiva con *una tra le* (non univoche) soluzioni già esistenti nel sistema normativo, fermo restando che il legislatore sarebbe poi potuto intervenire per adottare un diverso trattamento, eventualmente ritenuto più congruo. Con le parole di Giorgio Lattanzi: «Lo spazio di azione della Corte diviene molto più ampio che in passato, giacché è certamente più agevole rinvenire, tra i molti possibili, l'adattamento normativo meno distante dalla logica di sistema, piuttosto che l'unico a essere prescritto dalla Costituzione. Nello stesso tempo la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata, non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito»

La Corte, insomma, pur di assicurare la superiorità del principio costituzionale, e pur di non lasciare un vuoto di tutela attraverso una semplice dichiarazione di illegittimità costituzionale, *sceglie*, tra quelle già vigenti, una disciplina normativa per colmare la lacuna.

Nonostante quello che acutamente osserva Francesco Viganò, in un'ottica maggiormente "giustificazionista" rispetto a quella da me adottata, le parole, qui, sono davvero pietre. Si ha un bel dire che la Corte svolgerebbe un'opera non propriamente legislativa, ma solo di supplenza rispetto al legislatore. In verità, la differenza tra supplenza, da un lato, e scelta legislativa vera e propria, dall'altro, è difficile da cogliere: la Corte, in realtà, "armeggia" con elementi normativi, certo reperiti nell'ordinamento vigente, ma inseriti ad altri scopi e in altri momenti, e li cala, per sua decisione, in un diverso contesto normativo. Che questa non sia autentica opera legislativa può discutersi. E non pare risolutivo l'ulteriore argomento tranquillizzante avanzato: nulla vi sarebbe in ciò di realmente arbitrario, giacché si tratta, appunto e in fin dei conti, di elementi che il legislatore stesso ha concepito. Ciò servirebbe a dimostrare che la Corte non invade il campo del Parlamento e che la lacuna creata dalla dichiarazione d'incostituzionalità verrebbe riempita non già da una scelta arbitraria, in lesione della discrezionalità del legislatore e dello stesso principio della separazione dei poteri, ma attraverso il reperimento di "grandezze già esistenti nell'ordinamento". Questa è l'espressione che ormai, a partire dal 2019, ricorre nelle sentenze della Corte che operano in questa direzione.

4.- Un passo indietro: la nascita della teorica delle rime costituzionalmente obbligate e le critiche che essa suscitò

Qualche riferimento alla storia della giustizia costituzionale italiana può forse rendere ancora più chiaro il significato del passaggio, nelle dottrine della Corte costituzionale italiana, dalla teorica delle *rime*

costituzionalmente obbligate, dovuta alla riflessione di Vezio Crisafulli, a quella delle “*grandezze già esistenti nell’ordinamento*”, ovvero delle rime “*possibili*” o “*adeguate*” – utilizzate in alternativa alle prime. E potrà altresì illustrare meglio il serio problema costituzionale che, a mio modo di vedere, un tale passaggio comporta.

Come è ben noto, la teoria delle rime cd. costituzionalmente obbligate fu elaborata da Vezio Crisafulli⁵, per giustificare l’introduzione, nella giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni Settanta, delle cosiddette sentenze additive o manipolative. Si tratta di sentenze che non si limitano a dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione, ma la dichiarano tale “nella parte in cui” prevede qualcosa che non dovrebbe prevedere o, all’inverso, non prevede qualcosa, che invece dovrebbe prevedere (sentenze “additive”), oppure nella “parte in cui” prevede un certo contenuto anziché un altro (sentenze “sostitutive”).

L’esempio più chiaro delle sentenze di questo tipo è la n. 190 del 1970, che dichiarò costituzionalmente illegittimo l’art. 304-*bis*, comma 1, dell’allora vigente codice di procedura penale, limitatamente alla parte in cui escludeva il diritto del difensore dell’imputato di assistere all’interrogatorio, al quale invece poteva partecipare, per esplicita previsione della medesima disposizione, il pubblico ministero. In tal caso, da una disposizione costituzionale (l’art. 24, secondo comma, della Costituzione, in base al quale «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»), fu ricavata la necessità costituzionale di un’addizione sulla disposizione processuale. Tale addizione si presentava, in tesi, a rime costituzionalmente obbligate, appunto perché il diritto del difensore a prendere parte all’interrogatorio dell’imputato risultava, nella specie, l’unica possibile applicazione del principio di cui all’art. 24 Cost.

Questa ricostruzione, si noti tuttavia, non pacificò affatto dottrina e giurisprudenza dell’epoca. Sulla dubbia legittimazione della Corte italiana ad adottare sentenze additive esiste del resto ampia letteratura (certo, ormai superata), e la stessa specifica vicenda sviluppatasi intorno alla sentenza n. 190 del 1970, in apparenza così chiara, fu in realtà tormentata. La pronuncia non mancò di suscitare contestazioni in sede giudiziaria, giacché la Corte, si disse, era intervenuta su una *disposizione* inesistente (la *norma* che non attribuiva poteri alla difesa) e il profilo additivo della sentenza avrebbe così realizzato una positiva integrazione del diritto vigente, non consentito alla Corte costituzionale: tanto che il contenuto della pronuncia costituzionale fu, singolarmente, fatto proprio da un successivo decreto-legge, come se la forza della sentenza di accoglimento non fosse stata sufficiente. Così, in una sua successiva sentenza (la n. 62 del 1971⁶), la Corte, nuovamente investita della medesima questione già precedentemente accolta, la dichiarò manifestamente infondata (appunto perché già accolta⁷), e rivendicò puntigliosamente la piena legittimità del proprio operato, minacciando velatamente perfino il ricorso allo strumento del conflitto di attribuzioni nei confronti delle autorità che avessero ritenuto di continuare a fare applicazione di una norma dichiarata incostituzionale.

In generale, al di là della specifica vicenda, la tesi crisafulliana delle rime obbligate fu, comunque, oggetto di critiche dottrinali radicali. Queste obiezioni non hanno mai subito, a mio modo di vedere, una contro-confutazione teorica decisiva, ma sono state semmai superate di fatto, perché la Corte non ha mai smesso di far ricorso a sentenze integrative. Ma ricordare oggi queste obiezioni serve piuttosto a gettare una peculiare

⁵ Cfr. ad esempio, V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhicupo, Padova 1984, p. 85.

⁶ La sentenza n. 61 del 1971 è pubblicata in *Giur. cost.*, 1971, p. 607, con nota di G. Amato, *Troppo coraggio o troppa cautela nella Corte contestata?* Un esame dell’intera vicenda, oltre che nello scritto di Amato appena citato, è compiuto, tra gli altri, da B. Caravita, *Appunti in tema di Corte giudice a quo (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudici incidentali di legittimità costituzionale)*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale – Atti del Convegno di Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, p. 323 ss.; e da A. Pugiotto, *Un rapporto non conflittuale tra Corte e giudici: il «diritto vivente» applicato alle sentenze additive*, in *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, a cura di A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi, Torino 1993, pp. 159 ss.

⁷ Si noti che nella giurisprudenza costituzionale attuale, quando viene sollevata una questione relativa a una disposizione già dichiarata costituzionalmente illegittima, la pronuncia non è di “manifesta infondatezza”, ma di “manifesta inammissibilità per inesistenza dell’oggetto”.

luce anche (e soprattutto!) sulla dottrina delle “rime adeguate o possibili”, e a mostrare ancor meglio la notevolissima ampiezza del (disinvolto?) cammino compiuto, sul punto, dalla giurisprudenza della Corte.

Ebbene, si osservava allora: se il frammento di norma che la Corte aggiunge è già presente nel sistema ed è, soprattutto, un frammento a rime costituzionalmente obbligate (perché voluto inequivocabilmente dalla Costituzione), ricavarlo in via interpretativa dovrebbe spettare a tutti i giudici (non alla sola Corte), perché tutti i giudici sono soggetti alla Costituzione; se viceversa quel frammento non è realmente a rime obbligate, spetterà solo al legislatore introdurlo, in virtù di una scelta discrezionale. Intervenendo invece la Corte, nel primo caso essa viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo quella del legislatore⁸.

Queste critiche si facevano ancor più nette laddove apparisse che la sentenza integrativa, pur richiamando, a propria giustificazione, la tesi delle rime costituzionalmente obbligate, in realtà estendeva una soluzione già contenuta nell’ordinamento, ma solo a livello legislativo ordinario, la cui necessità costituzionale risultava dubbia (come avvenne in alcuni casi relativi al codice di procedura penale, in cui pronunce costituzionali operarono trasposizioni di norme da un articolo all’altro del codice di rito). In queste ipotesi, parte della dottrina giungeva a mettere apertamente in discussione la forza vincolante della sentenza: o meglio, tenendo separatamente presenti i due profili dell’intervento compiuto dalla Corte con la sentenza additiva – quello ablativo puro, da una parte, e quello integrativo, dall’altro – alcuni autori opinavano che solo il primo (quello ablativo puro) avesse efficacia *erga omnes*, mentre il secondo, proprio perché a rime costituzionalmente non obbligate, poteva essere “declassato” a mera proposta ermeneutica, capace di orientare, ma non di vincolare, i giudici comuni⁹.

5.- Grandezze pre-date vs. rime obbligate: chi ha più *auctoritas*?

Poste queste sintetiche premesse, credo sia più agevole illustrare e giustificare alcune mie preoccupazioni (che raggiungono quelle esposte soprattutto da Massimo Luciani nel suo scritto) sulla più recente evoluzione della dottrina della Corte costituzionale in tema di rime adeguate o possibili.

Come si è anticipato, la Corte (a partire soprattutto dalla sentenza n. 222 del 2018), giunge alla conclusione che, pur in presenza di più soluzioni alternative per rimediare a una situazione di illegittimità costituzionale, sia possibile giungere alla dichiarazione d’illegittimità costituzionale superando l’abituale eccezione di inammissibilità basata sull’esistenza di una discrezionalità del legislatore, cui solo dovrebbe appartenere la scelta tra quelle diverse soluzioni. L’intervento della Corte non è dunque più subordinato all’esistenza, nel sistema, di un’unica soluzione costituzionalmente vincolata, in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima. Invece, essenziale, e sufficiente, a consentire l’efficace svolgimento del sindacato della Corte è che il sistema normativo nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» (così, in realtà, diceva già la sentenza n. 236 del 2016, ma come vedremo in una ottica molto più contenuta) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione dichiarata illegittima. Risulta così possibile, per la Corte, porre rimedio nell’immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla disposizione incisa dalla propria pronuncia (in molti dei casi di cui si tratta, è in questione una norma penale che prevede sanzioni, secondo determinate cornici edittali, oppure stabilisce pene fisse).

⁸ Così, quasi letteralmente, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, p. 299 ss. Nelle più recenti edizioni del manuale l’A. ha abbandonato questa posizione. Cfr. anche N. Picardi, *Sentenze integrative della Corte costituzionale e vincolo del giudice*, in *Giust. civ.* 1979, I, p. 110 ss.

⁹ Questa, ad esempio, la tesi di A. Pugiotto, *op. cit.*, pp. 159 ss. Per un approccio consapevole della necessaria distinzione tra gli interventi integrativi a rime costituzionalmente obbligate e quelli che invece estendono principi o regole già presenti nel sistema legislativo ordinario (pur senza trarne la conseguenza immaginata da Pugiotto), cfr. V. Onida, *Le decisioni della Corte*, in V. Onida – M. D’Amico, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Torino, 1998, pp. 281. ss

La Corte ritiene, in tal modo, di andare nella direzione di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali, che invece rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione, laddove l'intervento del giudice costituzionale restasse vincolato, come si è visto esser stato a lungo in passato, all'esigenza di individuare "rime costituzionalmente obbligate" per sostituire, con una nuova norma, quella dichiarata illegittima.

Gli ambiti, particolarmente in materia penale, sui quali queste pronunce incidono è ampio, riguardando: l'area del penalmente rilevante (sentenza n. 242 del 2019), la cornice edittale della pena, modificata nel minimo, nel massimo, o resa non più fissa (sentenze n. 40 del 2019; n. 222 del 2018; n. 95 del 2022); i requisiti per l'applicazione di cause di non punibilità (sentenza n. 156 del 2020); la conversione della pena detentiva in pena pecuniaria (sentenza n. 28 del 2022); il termine per la presentazione di reclami in materia di permessi premio (sentenza n. 113 del 2020). Ma non si limitano a questo settore, interessando anche quello, del resto contiguo, delle sanzioni amministrative (sentenza n. 40 del 2023).

Anche i criteri per l'individuazione dei punti di riferimento normativi già esistenti nell'ordinamento sono vari. Si è in taluni casi dato peso alla omogeneità tra i reati disciplinati dalla disposizione ritenuta incostituzionale e quelli previsti dalla disposizione cui ricorrere per porre rimedio al vuoto, derivante dalla coincidenza di elementi strutturali del reato stesso (sentenze n. 222 del 2018, n. 95 del 2022); in altri, si è ritenuto di dare peso alla conformazione della cornice edittale (sentenza n. 156 del 2020). Altre volte, quando non risulta possibile muoversi sul piano della contiguità tra reati, la Corte si addentra in valutazioni di natura varia, sorrette da motivazioni alquanto stringate: si è così posta in risalto la collocazione delle due norme, situate all'interno medesimo procedimento (sentenza n. 113 del 2020); la ubicazione del limite di pena «al margine inferiore delle categorie di reati più gravi o a quello superiore della categoria dei reati meno gravi» della medesima materia (sentenza n. 40 del 2019); oppure, infine, si è attribuito rilievo alla semplice circostanza che la soluzione sostitutiva fosse stata prospettata dal giudice remittente (sentenza n. 28 del 2022).

In ogni caso, nonostante l'assenza delle rime obbligate, viene così individuata nel sistema una grandezza normativa "pre-data"¹⁰, che può essere utilizzata per sostituire la disciplina di volta in volta caduca. La Corte, nell'intervenire, afferma che essa, non limitandosi a un annullamento secco, può e deve ricavare dalle coordinate del sistema vigente i "criteri di riempimento" costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (così, in particolare, la sentenza n. 242 del 2019).

Insomma: la dottrina delle grandezze già esistenti nell'ordinamento tenta di dimostrare che, ricorrendo ad esse, la Corte non inventa davvero nulla di nuovo, ma si limita a far riferimento, estendendolo, al lessico legislativo già in vigore. Una estensione giustificata dall'*horror vacui* che una semplice pronuncia di incostituzionalità può determinare, e dalle carenze di tutela di determinati beni giuridici che ne potrebbero conseguire.

Ora: come si è visto, un timore analogo è all'origine della nascita e dello sviluppo delle stesse pronunce manipolative di varia natura, e si potrà perciò ritenere che l'evoluzione ora in esame sia, in fondo, coerente con l'evoluzione della giustizia costituzionale italiana.

Ma, come si può facilmente vedere, è all'opera qui qualcosa di diverso: l'utilizzo della grandezza già esistente, allo scopo di colmare il vuoto che la pronuncia di accoglimento determinerebbe, sconta, al tempo stesso, una certa arbitrarietà e una notevole debolezza concettuale, quest'ultima riconosciuta in partenza e, anzi, quasi esibita.

¹⁰ Notazione scherzosa, ma non troppo: le grandezze pre-date ben potrebbero considerarsi, più francamente, grandezze "predate" (senza trattino), che la Corte, armeggiando con l'ordinamento, preleva a forza da altri contesti normativi per calarle nei propri dispositivi...

Se ci si riflette, la tesi di Crisafulli sulle rime obbligate (in sintesi: il contenuto additivo della pronuncia di accoglimento discenderebbe dalla stessa Costituzione, come unica necessaria soluzione), aveva dalla sua la forza indiscutibile dell'argomento *tranchant* e definitivo: è la Costituzione stessa a volere così. Pur ammesso che fosse (e sia) una *finzione*, come qualcuno già pensava all'epoca in cui la teorica fu formulata, essa era tuttavia (e continua ad essere) anche molto convincente: chi può negare, ad esempio, che sia lo stesso art. 24 Cost. (che ragiona del diritto inviolabile di difesa in ogni stato e grado del procedimento) a esigere che l'interrogatorio dell'imputato abbia luogo alla presenza del difensore, e che tale soluzione (voluta dalla ricordata sentenza "prototipo" n. 190 del 1970) sia ulteriormente necessitata dalla stessa scelta legislativa di ammettervi la presenza dell'altra parte, cioè del pubblico ministero?

Ebbene, questa forza eloquente viene ora del tutto abbandonata, e ad essa si sostituisce l'implicita o esplicita ammissione che la grandezza cui si ricorre è solo un temporaneo rimedio, sempre modificabile *ad libitum* dal legislatore. In effetti, è proprio questo che quasi sempre viene sottolineato, nelle pronunce che utilizzano queste "grandezze già esistenti": il legislatore potrà a piacimento intervenire per ri-disciplinare *funditus* la materia. Affermazione singolare, giacché è ovvio che il legislatore può intervenire quando vuole, ed è semmai la Corte che deve giustificarsi...

L'affermazione ha ulteriori caratteri di singolarità, perché svaluta in partenza la soluzione normativa pur inserita nel dispositivo, che appare "di fortuna", come una sorta di legislazione precaria: non fosse irriverente, verrebbe in mente la gomma da masticare che ripara temporaneamente la ruota bucata... E il riferimento alla precarietà potrebbe rinverdire, e anzi rinforzare, le considerazioni che parte della dottrina, come pure si è visto, già in passato svolgeva sull'assenza di forza vincolante *erga omnes* dei profili integrativi contenuti in una sentenza di accoglimento manipolativa. Ed anzi, ci si potrebbe addirittura spingere a temere, come in altre epoche, che qualche giudice possa ribellarsi alla addizione/sostituzione normativa introdotta nel dispositivo dalla Corte costituzionale.

Inoltre, ci si potrebbe chiedere che destino subisca, questa tecnica decisoria, quando, pur a fronte di una illegittimità costituzionale acclarata, l'ordinamento non metta a disposizione alcuna grandezza pre-data idonea a fungere da disciplina di supplenza: in tal caso, in effetti, o esiste una soluzione ricavabile dalla stessa Costituzione o non vi è alternativa all'accoglimento secco della questione, e alla creazione di una temporanea lacuna, che il legislatore dovrà colmare. Ma non è forse, questo, proprio il ruolo che la Corte dovrebbe *sempre* avere nel sistema?

In ogni caso, il riferimento alle "grandezze" potrebbe far pensare che si tratti di una tecnica che ha senso utilizzare solo in presenza di questioni appunto di natura quantitativa (particolarmente: cornici edittali relative e pene o sanzioni), non in altri casi, men che meno in presenza di scelte di natura sostanziale.

Ma non si può non essere consapevoli che il ricorso a questa tecnica rischia comunque di far esporre la Corte molto più di quanto sarebbe opportuno e necessario (di quanto lo sarebbe, intendo, se il legislatore facesse il proprio mestiere con maggiore attenzione).

Come è chiaro, dissenso in principio sull'opportunità di ricorrere a questa tecnica, anche se si deve riconoscere che, ormai, la Corte pare essersi con decisione incamminata in questa direzione. Tuttavia, non è certo si tratti di un cammino senza ritorno: di recente, in certi casi, la stessa Corte ha preferito indirizzarsi verso accoglimenti semplici, senza timore di creare vuoti normativi¹¹.

¹¹ Cfr., ad esempio, la sentenza n. 185 del 2021, in tema di misure volte al contrasto della ludopatia. La norma oggetto della questione prevedeva sanzioni amministrative pecuniarie a carico degli esercenti che offrono giochi o scommesse con vincite in denaro, nel caso di violazione degli obblighi informativi sui rischi di dipendenza patologica dal gioco d'azzardo, da ottemperare mediante affissione di targhe o etichette. Trattandosi di una misura determinata in modo fisso, e dunque non commisurabile alla gravità del caso concreto, la Corte costituzionale la ha ritenuta sproporzionata e, dunque, incostituzionale. Per quanto qui interessa, la pronuncia, facendo leva sulla natura preventiva ed anticipata della risposta sanzionatoria, destinata a mettere sull'avviso coloro che si accingono a praticare

In ogni caso, chiarito che la preferenza principale di chi scrive sarebbe per l'abbandono, appunto, della teorica delle rime adeguate e il mantenimento, almeno, della tecnica delle rime obbligate, è da osservare che la teorica qui discussa dovrebbe fare i conti con alcune critiche. Vi è

Vi è intanto un profilo sul quale insiste Massimo Luciani: con questo genere di pronunce il legislatore viene de-responsabilizzato, e con ogni probabilità non interverrà più. A che scopo farlo, del resto, visto che ha parlato la Corte? Questo tipo di sentenze, insomma, fornisce un (involontario) contributo alla crisi della rappresentanza parlamentare.

Inoltre, non è proprio opportuno che una Corte "armeggi", più o meno disinvoltamente, con l'ordinamento giuridico vigente, alla ricerca di grandezze esistenti utilizzabili per colmare una lacuna aperta da una dichiarazione di illegittimità costituzionale. La "grandezza" (o comunque la soluzione) che la Corte cerca e trova nell'ordinamento potrebbe infatti essere associata ad una fattispecie non omogenea rispetto a quella a corredo della quale è posta la grandezza dichiarata illegittima. Inoltre, la stessa affermata provvisorietà dell'intervento, giustificata dalla necessità di assicurare la superiorità della Costituzione, oltre a manifestare una carenza di autorevolezza nella soluzione prescelta, potrebbe non compensare l'accusa di ingerenza nella discrezionalità legislativa.

La credibilità di un intervento giurisdizionale integrativo soggiace a condizioni particolarmente severe, a prezzo di essere scambiato per vera e propria (o meglio: impropria!) supplenza legislativa, in violazione del principio della separazione dei poteri. Si dovrebbero cioè compiere rigorose valutazioni relazionali, attraverso cui dimostrare che la disciplina prescelta per sostituire quella caducata risulta avvinta a quest'ultima da un nesso reale e stretto. Solo questo renderebbe verosimile e giustificabile la sostituzione.

Qualcosa di simile, io continuo a sostenere (in gran parte inascoltato), è accaduto nella sentenza n. 236 del 2016, in tema di previsioni sanzionatorie relative al reato di alterazione di stato (art. 567 cod. pen.¹²). Questa pronuncia è spesso indicata, ma credo non del tutto a ragione, come quella che inaugura il filone delle sentenze che fanno riferimento alle cd. grandezze pre-date. Invero, in essa la Corte ha esteso alla fattispecie delittuosa di cui al secondo comma dell'art. 567 cod. pen. le sanzioni previste per quella prevista al primo comma del medesimo articolo, o meglio ha "sostituito" alle sanzioni previste dal secondo comma (giudicate sproporzionatamente afflittive) quelle di cui al primo (la sentenza è in effetti una manipolativa "sostitutiva").

In quel caso, tuttavia, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale delle previsioni sanzionatorie che assistevano il reato di cui al secondo comma dell'art. 567 cod. pen., e la "sostituzione" di queste ultime con la cornice edittale prevista al comma primo, è conseguita ad uno scrutinio svolto entro il «perimetro conchiuso» dal medesimo articolo del codice penale, che era posto a presidio del medesimo bene giuridico in entrambi i commi. E proprio questo aspetto, plausibilmente, ha consentito di non sovrapporre dall'esterno una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative vigenti, permettendo invece un giudizio "per linee interne" sulla coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente previste dal legislatore in ciascuna delle due fattispecie di cui si compone l'*unico reato* di alterazione di stato.

Osserva Luciani che in certa misura questa sentenza restava nell'ambito di una normazione "a rime obbligate". Se è possibile dirlo con franchezza, negli altri casi fin qui esaminati non sempre è accaduto che siano state compiute valutazioni altrettanto sorvegliate.

il gioco d'azzardo, a fini dissuasivi da una pratica lesiva della propria salute, ha affermato esplicitamente che il *deficit* di tutela derivante dall'accoglimento non richiedeva di ricercare "soluzioni sanzionatorie alternative".

¹² Art. 567 cod.pen. (Alterazione di stato)

Chiunque, mediante la sostituzione di un neonato, ne altera lo stato civile e' punito con la reclusione da tre a dieci anni. Si applica la reclusione da cinque a quindici anni a chiunque, nella formazione di un atto di nascita, altera lo stato civile di un neonato, mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità'.

6.- Il cd. rinvio a data fissa in occasione di un'illegitimità costituzionale prospettata ma non dichiarata

Il secondo tema qui in esame riguarda la giurisprudenza inaugurata con il cosiddetto "caso Cappato".

Come è ben noto, questa tecnica decisoria viene inaugurata in riferimento a questioni di legittimità costituzionale sollevate sull'art. 580 cod. pen., che incrimina le condotte di aiuto al suicidio, anche se compiute, come era accaduto nel caso di specie, in relazione a una persona affetta da malattia irreversibile, sottoposta a sofferenze che giudica intollerabili, del tutto lucida e libera nella propria volontà di darsi la morte¹³. Questo tipo di tecnica, che ha avuto, per ora, due seguiti¹⁴, ha parzialmente a che fare con i problemi illustrati nei paragrafi precedenti, ma combina in un modo diverso il rapporto tra rispetto della discrezionalità legislativa, da un lato, e necessaria affermazione della superiorità della Costituzione, dall'altro.

Come si vedrà, il giudizio che può essere dato su questa tecnica è ambivalente, e soprattutto l'intervento di Paolo Carnevale ne dà conto in modo assai equilibrato.

Da un primo punto di vista, più critico, sembrerebbe di essere al cospetto di un ulteriore passo in avanti sulla strada di una sorta di "autoassegnata" discrezionalità giudiziale para-legislativa, in nome della superiorità dei principi costituzionali. Da quest'angolo visuale, ripensando alle passate teorizzazioni – condotte sulle decisioni a rime costituzionalmente obbligate e allo scopo di giustificazione degli interventi integrativi del giudice costituzionale – i progressi risulterebbero impressionanti e l'*enlargement of functions* della Corte quanto mai evidente.

Tuttavia, da un secondo punto di vista, e al cospetto della realtà dei fatti, questo giudizio, come si vedrà, potrebbe attenuarsi di molto.

Comunque sia, in questo nuovo tipo di pronunce la Corte non solo riconosce l'esistenza di un serio problema di costituzionalità, ma giunge ad affermare la vera e propria incompatibilità costituzionale della normativa censurata dal giudice *a quo*. Non ne dichiara, tuttavia, l'immediata illegittimità costituzionale: afferma invece che il vizio va eliminato, in prima battuta almeno, dallo stesso legislatore, soprattutto perché tale eliminazione richiede e comporta notevoli scelte normative di "contorno", di natura sicuramente discrezionale, che la Corte stessa sa di non poter compiere. A tale scopo, sospende il processo innanzi a sé e rinvia l'udienza per un tempo piuttosto lungo (in tutti e tre i casi, il rinvio è stato di un anno), indicando al Parlamento la direzione nella quale muoversi: con il sottinteso che, trascorso tale termine, se alla nuova udienza emerga che il legislatore non è per nulla intervenuto, non resterà alla Corte che dichiarare effettivamente l'illegittimità costituzionale della disposizione (salvo consentire, forse discutibilmente, un nuovo rinvio, se invece, almeno in un ramo del Parlamento, una nuova disciplina sia stata approvata, e la Corte ritenga dunque di consentire al Parlamento di "completare" il lavoro: così è stato fatto nell'ordinanza n. 122 del 2022).

Il meccanismo decisionale è illustrato, per la prima volta, nell'ordinanza n. 207 del 2018, relativa, come accennato, al noto "caso Cappato". La Corte spiega che – in passato, in situazioni analoghe – essa ha solitamente dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato: pronuncia cui faceva di norma seguito, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, una declaratoria di illegittimità costituzionale.

¹³ Per cui v. l'ord. n. 207 del 2018 e la sent. n. 242 del 2019.

¹⁴ Il primo, riguardante la previsione della pena carceraria per i giornalisti, in caso di condanna per diffamazione a mezzo stampa con attribuzione di un fatto determinato, per cui v. l'ord. n. 132 del 2020 e la sent. n. 150 del 2021; il secondo, in tema di ergastolo cosiddetto "ostativo", per cui v. l'ord. n. 97 del 2021 e l'ord. presidenziale n. 122 del 2022. In quest'ultima pronuncia, su richiesta dell'Avvocatura dello Stato, alla luce dell'approvazione di un disegno di legge da parte della (sola) Camera dei Deputati, la Corte ha deliberato l'ulteriore rinvio, di 6 mesi, della questione (cfr. *infra*, nel testo).

Quella risalente tecnica decisoria, aggiunge l'ordinanza, ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare.

Un simile effetto, aggiunge la Corte, non poteva considerarsi consentito nella vicenda relativa all'incriminazione dell'aiuto al suicidio di una persona nelle condizioni più sopra descritte, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti.

Sicché, per evitare che la disposizione censurata potesse trovare applicazione nel frattempo, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni, spettanti in linea di principio alla sua discrezionalità, la Corte ha ritenuto di dover provvedere in diverso modo.

Essa ha in particolare sostenuto di poter far leva sui *propri poteri di gestione del processo costituzionale*: ossia di poter disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale ad una successiva udienza (ad un anno di distanza), in esito alla quale avrebbe dovuto essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge regolatrice della materia, in conformità alle segnalate esigenze di tutela.

Nel frattempo, restava sospeso anche il giudizio *a quo*. Negli altri giudizi penali con analogo o identico oggetto, disse la Corte, sarebbe spettato ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nell'ordinanza di rinvio, analoghe o identiche questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame dovessero essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa.

Ad un anno di distanza, alla nuova udienza, la Corte riscontrò che il Parlamento non era per nulla intervenuto. Così, con la sentenza n. 242 del 2019, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen., «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi (...) agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze psichiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

Facile osservare che, in tal caso, l'ampiezza dell'intervento "integrativo", e la vera e propria supplenza legislativa esercitata, fanno impallidire le antiche polemiche sulla legittimazione della Corte a far ricorso alle cosiddette rime costituzionalmente obbligate. E, si noti, non è neanche questione di rime adeguate o possibili: nel caso appena descritto, la disciplina integrativa che viene inserita nell'art. 580 cod. pen. è di conio francamente e schiettamente *legislativo-innovativo*. In un quadro già processualmente inedito – giacché del tutto pretoria appare la tecnica del rinvio dell'udienza a data fissa – anche la soluzione di merito, insomma, appare del tutto insolita. Si ha a che fare con una sorta di sentenza-legge.

In definitiva: se si ripercorre il cammino della Corte, dalla sentenza n. 190 del 1970 alla sentenza n. 242 del 2019 – in questa assai sintetica storia del rapporto di tensione dialettica tra *judicial activism* della Corte italiana e difesa della discrezionalità del legislatore – credo siano evidenti gli enormi spazi conquistati dal giudice costituzionale, a detrimento della capacità d'intervento della rappresentanza politica democraticamente eletta.

Ovviamente, non sono inconsapevole del fatto che questa evoluzione è parte di un più complessivo e generale problema – che qui posso solo evocare, ma non trattare – relativo alla ben nota crisi della stessa rappresentanza politica, e all'aumento di influenza degli organi di garanzia, fenomeno peraltro noto a tutte

le democrazie occidentali. Ma, a parte che questa osservazione è divenuta ormai un banale ritornello, essa non giustifica di per sé nulla. Soprattutto, resta il fatto che se il metro di valutazione che si utilizza è *il principio cardine della separazione dei poteri*, la valutazione complessiva del percorso sin qui sinteticamente descritto non può che essere di una certa preoccupazione.

7. *Segue: tra leale collaborazione e separazione dei poteri*

La giurisprudenza “Cappato” fa emergere delicati problemi processuali e di giustizia costituzionale. Come già osservato, l’innovazione descritta sembra innanzitutto avere un carattere del tutto pretorio (nessuna disposizione, né della legge n. 87 del 1953, né delle *Norme integrative*, la prevede espressamente), e non è chiaro se essa risulti giustificata e coperta tramite il mero riferimento ai “poteri di gestione del processo costituzionale”, che alla Corte certo spettano: infatti, una volta celebrata l’udienza in contraddittorio, discussa quindi la causa, può la Corte non decidere e rinviare espressamente, con proprio motivato provvedimento, a una nuova udienza? Non dovrebbero le parti stesse poter interloquire sul punto? Davvero nessun problema se la composizione del collegio, nel frattempo, muta?

Ben oltre i problemi processuali (che, comunque, non sono affatto secondari, perché il processo costituzionale non è il processo “della” Corte, ma riguarda la Costituzione e quindi l’ordinamento intero: come non richiamare, qui, le discussioni dottrinali sulla sua natura – disponibile o indisponibile per la Corte – e sull’esistenza di un vero e proprio diritto processuale costituzionale?), questa nuova tecnica decisionale solleva formidabili problemi costituzionali di sostanza.

In primo luogo, è stato notato come, ricorrendovi, la Corte selezioni autonomamente le questioni rispetto alle quali attivare un modello procedimentale che obbliga il legislatore a intervenire rapidamente: l’esito è quello di “entrare in Parlamento”, appunto selezionando le *issues* meritevoli di essere subito prese in carico dal dibattito legislativo-parlamentare. Questo elemento sembra quello maggiormente «in grado di alterare il ruolo della Corte di legislatore negativo, perché la discrezionalità che essa si assegna nella selezione delle questioni su cui attivare una simile procedura d’urgenza non sembra avere contorni precisi, al di là del fatto che essa investe filoni ritenuti di particolare rilevanza giuridico-costituzionale per l’opinione pubblica *at large*»¹⁵. Inoltre, sullo sfondo di questo rilevantissimo tema (che potremmo definire quello dei “*criteri di priorità nell’esercizio della legislazione parlamentare*”, definiti *ab externo* dalla Corte!), sta una cruciale questione di tempi: quello dell’ampiezza del periodo “concesso” al legislatore per provvedere, entro la nuova udienza pre-fissata. Infine, si staglia il tema dell’esistenza di un reale spazio di discrezionalità del legislatore dopo la prima pronuncia della Corte.

Tali questioni possono essere inquadrate – e sono state effettivamente inquadrate – in due modi simmetricamente opposti.

Da una parte, c’è chi vi vede la imposizione inammissibile di una sorta di legislazione “coartata”, nei tempi e nei contenuti, che si svolge sotto la sostanziale minaccia dell’accoglimento della questione in caso di inerzia: una tecnica che, in realtà, nega quella stessa (porzione di) discrezionalità che, in principio, si vorrebbe invece al legislatore riconoscere. In questa tesi, l’incostituzionalità prospettata diventa, più francamente (e inammissibilmente), incostituzionalità *minacciata*, e il *vulnus* costituzionale da essa recato sarebbe duplice: da un lato, la Corte rinuncia alla immediata dichiarazione di incostituzionalità, pur avendone riconosciuto i presupposti, dall’altro la libertà del Parlamento legislatore viene solo teoricamente affermata, risultando

¹⁵ Così, in particolare, G. Repetto, *Il giudizio accentrato di costituzionalità in Italia e le sue (reali o supposte) matrici kelseniane. Spunti per la lettura della più recente giurisprudenza costituzionale*, in G. P. Dolso e D. Rossi (a cura di), *1920-2020 - Un secolo di giustizia costituzionale*, Napoli 2022, p. 210.

invece, in concreto, compresa nella sostanza e nei tempi. Verrebbe da dire: due lesioni piuttosto gravi in un solo colpo.

Dall'altra parte, ben diversamente, v'è chi vede in questa stessa tecnica una forma raffinata di *leale collaborazione* tra Corte e legislatore. La Corte, cioè, si avvede della sostanziale fondatezza del dubbio di costituzionalità prospettata, ma riconosce che è la competenza legislativa ad essere in prima battuta sollecitata, per la qualità e la specificità del settore normativo interessato, e decide che il Parlamento abbia perciò la prima parola, solo avvertendolo che, alla scadenza del termine prefissato, riesaminerà la questione, alla luce dei principi costituzionali. Chi guarda oltre i confini nazionali evoca in proposito anche l'esperienza del *Bundesverfassungsgericht* e delle sue sentenze di incompatibilità con termine al legislatore¹⁶.

Su questo secondo modo di intendere le cose, io non saprei (o non vorrei) dire se davvero si tratti qui di un caso di "leale collaborazione", nel senso in cui (credo più correttamente) ne ha in passato ragionato la Corte costituzionale italiana a proposito dei rapporti tra Ministro della Giustizia e Consiglio superiore della Magistratura, oppure dei rapporti tra Stato e Regioni.

Mi sento però di dire che, a prescindere da ogni altra considerazione, parlare svagatamente (e, talvolta, proprio leggermente) di "leale collaborazione", quanto ai rapporti tra una Corte costituzionale e il legislatore, evoca un che di stonato, ed anzi mi suscita un sommesso (ma non meno fermo) dissenso, che esprimo appellandomi nuovamente alla *conventio* evocata da Alessandro Pizzorusso, già richiamata all'inizio di questo scritto.

Anzi: siccome non amo una certa retorica che, proprio in tema di "leale collaborazione tra istituzioni", mi pare essersi troppo ampiamente diffusa (in questi anni, in particolare, con la scusa dell'emergenza sanitaria), credo non sia un fuor d'opera, per spiegare il mio dissenso sul punto, svolgere qualche considerazione di carattere generale, oserei direi di dottrina della Costituzione.

Per motivare questo dissenso ricorro, in particolare, alla penna affilata di Gianfranco Miglio, che in un breve e luciferino scritto del 1978 ebbe a riflettere proprio sulla "collaborazione" tra il supremo organo di garanzia della Costituzione e gli organi di indirizzo politico¹⁷. Egli non si occupava di specifiche tecniche giurisprudenziali, né di quelle dell'epoca, e ancor meno, ovviamente, di quella ora in discorso, ma si riferiva, genericamente, ai casi in cui la Corte, in quel periodo, si era mostrata "comprensiva" verso l'Esecutivo o il Legislativo.

Ebbene, Miglio bollò la "collaborazione" in discorso nel modo seguente:

«Questa cauta collusione si basa evidentemente sul convincimento che l'idea della 'divisione dei poteri' dovrebbe essere superata dall'altra, della 'collaborazione' fra gli stessi. Convincimento del tutto infondato, se è vero che un meccanismo veramente garantista presuppone (come aveva intuito Romagnosi) non solo la divisione ma addirittura l'antagonismo' dei poteri. Infatti, una volta imboccata la via delle 'reciproche comprensioni' fra controllori e produttori degli atti da controllare, il rigore e la prontezza della verifica della legittimità diventano un pio desiderio»¹⁸.

Sotto le apparenze del motto di stizza, il pensatore realista che Miglio è stato non fa qui che richiamare una lezione che viene dalla storia del pensiero politico. In questa convinzione, Romagnosi, che Miglio evoca espressamente, non è certo isolato, è anzi in ricchissima compagnia. Che unicamente il potere arresti il potere

¹⁶ Alla luce dell'esperienza dell'ordinamento tedesco, studia la questione N. Fiano, *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale*, Milano 2022.

¹⁷ G. Miglio, *Utopia e realtà nella Costituzione. Tre schede ed una considerazione generale* (1978) ora in Id., *Le regolarità della politica*, vol. II, Giuffrè Milano 1978, pp. 713 ss.

¹⁸ *Ibidem*.

è la classica lezione di Montesquieu, e noi tutti dovremmo sapere bene che solo la separazione dei poteri, o, nella versione americana, il reciproco *check and balance* tra essi, garantiscono la tutela dei diritti. A maggior ragione in un tempo in cui i costituzionalisti studiano soprattutto “i diritti” e meno l’organizzazione dei poteri, io penso che l’articolo 16 della *Déclaration* del 1789 andrebbe perciò letto invertendone i termini: in principio è la separazione dei poteri, la garanzia dei diritti seguirà. Come sosteneva James Madison (*Federalist*, n. 51), l’equilibrio e il reciproco controllo tra i poteri sono retti dalla competizione tra di essi - «*ambition against ambition*» - e necessitano di un’organizzazione dei poteri che renda impossibile, a ciascuna istituzione, di godere di un *unchecked power*. Solo questo trasforma un *Bill of Right* «*from a paper assurance to a living guarantee*».

Questo è l’orizzonte concettuale in cui mi colloco, e in esso, si comprende, lo spazio per la leale collaborazione fra Corte e legislatore, pur niente affatto assente, deve essere attentamente sorvegliato, e governato con cautela. Nella tecnica decisoria in esame, questo spazio rischia, invece, di essere occupato, da un lato, da forme inquietanti d’incostituzionalità minacciata, che comprimono la libertà del dibattito politico e il principio della separazione dei poteri; e, dall’altro, all’estremo opposto, rischia di non essere presidiato affatto, lasciando spazio alle più evidenti inerzie parlamentari senza apprezzabili interventi della Corte, come nel caso degli *ultimatum* che si convertono in “*penultimatum*” (è la vicenda, già citata, dell’ergastolo ostativo e dell’ordinanza n. 122 del 2022), e che finiscono per danneggiare di molto la credibilità stessa della Corte nel sistema.

8. Segue: una legislazione davvero coartata nei tempi e nei contenuti?

Insomma, si direbbe che nella giurisprudenza “Cappato” si abbia a che vedere con una collaborazione la cui lealtà sembra doversi svolgere a senso unico, per due fondamentali ragioni. Primo, perché la Corte chiede al Parlamento di legiferare *positivamente*, così ignorando le ragioni politiche, fondate o non fondate che siano (non è questo il punto), a causa delle quali il legislatore può aver deciso di *non* legiferare. Secondo, perché l’inerzia parlamentare rispetto al richiamo della Corte ad intervenire – inerzia che, appunto, potrebbe avere dalla sua ragioni comunque non sindacabili in sede di giudizio sulle leggi – sembra preludere inesorabilmente (nonostante i dubbi che qualcuno ha nutrito) a un accoglimento della questione: sicché parrebbe trattarsi, in ogni caso, di una legislazione “sotto minaccia”, se posso esprimermi così.

Eppure, le cose, forse, non stanno del tutto in questo modo.

In effetti, questa tecnica decisoria potrebbe presentare anche un’insospettabile attrattiva per gli stessi difensori della discrezionalità del legislatore, perché concede a quest’ultimo la “prima” parola, o comunque gli fornisce un tempo (supplementare) per approvare una normativa che potrebbe realmente risultare, al netto di tutte le criticità esaminate, di sua scelta.

Intanto, la *coartazione* nei confronti del Parlamento, di cui prima si diceva, rischia di essere in realtà ineffettuale nell’immediato. Si ponga infatti mente: se il legislatore interviene, anche con una normativa che *non segue* le indicazioni della Corte, o che addirittura *peggiora* il vizio già prospettato, difficilmente la Corte potrà esimersi da una ordinanza di *mera restituzione atti* al giudice *a quo*. Salvo casi che potrebbero definirsi di scuola – in cui il legislatore, con scelta suicida, decide di incidere negativamente, rispetto al verso dell’ordinanza di rimessione, (*solo*) sulla stessa disposizione già censurata, e (*solo*) enfatizzando il vizio già prospettato dal giudice *a quo* – la Corte non potrà, all’udienza di rinvio, mettere sotto esame la nuova normativa, perché il suo compito è solo quello di continuare a giudicare della questione originariamente sollevata; non già di nuove questioni di legittimità costituzionale sulla nuova normativa, che nessuno ha ancora sollevato. Perciò, solitamente (salvo, appunto, rari possibili casi di “estensione” della questione originaria), di fronte a uno *jus superveniens purchessia* altro la Corte non potrà fare che rimettere gli atti al

giudice *a quo*, per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione originariamente sollevata.

Ne è, di recente, riprova l'ordinanza n. 227 del 2022, nella vicenda dell'ergastolo ostativo. Lo *jus superveniens* era qui costituito da un decreto-legge, che riprendeva il testo del disegno di legge approvato da un solo ramo del Parlamento nella precedente legislatura. Solo facendo ricorso a una certa elasticità può dirsi che esso seguisse le indicazioni della Corte in materia: ma, avendo ridisciplinato *funditus*, tra l'altro, la materia della liberazione condizionale e della libertà vigilata degli ergastolani non collaboranti – per i quali la presunzione assoluta di pericolosità è stata comunque convertita in relativa (permettendo loro di chiedere l'accesso ai benefici penitenziari, sia pur in presenza di «stringenti e concomitanti condizioni») – la Corte non ha potuto far altro che restituire gli atti.

Insomma, questa vicenda sembra indicare che solo in caso di inerzia assoluta del legislatore nell'anno concesso (o nel diverso termine del caso), la Corte ha in mano l'arma letale, quella che trasforma l'incostituzionalità prospettata in incostituzionalità dichiarata.

Da questo punto di vista, la tecnica decisoria in esame in esame realizza una sorta di compromesso, perché rinvia al futuro il *redde rationem*, ma non manca di sottolineare l'obbligo di una legislazione conforme a Costituzione, conciliando due prospettive che all'apparenza non potrebbero convivere. Concede inoltre al Parlamento la possibilità e il tempo di un intervento a tutto campo; possibilità e tempo che, se ben utilizzati, potrebbero spostare completamente i termini della questione, obbligando la Corte a rinunciare ai suoi bellicosi propositi. Anzi, non si può non sottolineare che un Parlamento politicamente saggio potrebbe proprio far tesoro dello spazio e del tempo concessogli, guadagnando in autorevolezza e prestigio.

Resta di certo la fondata possibilità di vedere le cose in modo del tutto opposto. Non pochi, in effetti, guardano con preoccupazione a questo spurio compromesso. È la prospettiva di chi ritiene che se la questione è fondata non ci si può che orientare per l'accoglimento, cominciando semmai a ragionare sulle conseguenze sistemiche dell'eventuale vuoto che la pronuncia creerebbe, e sugli opportuni accorgimenti. Ed è anche la prospettiva di coloro che pensano che se, all'opposto, si riconosce l'esistenza di una discrezionalità legislativa, cui la Corte non può supplire, la questione non può che essere dichiarata inammissibile. Per chi la pensa così, la tecnica decisoria in esame è, insomma, un singolare *tertium*, che in nome della collaborazione tra Corte e legislatore, da un lato posticipa l'affermazione della (pur riconosciuta, in modo più o meno intenso) superiorità della Costituzione, dall'altro diminuisce fortemente la (pur in principio omaggiata) libertà del Parlamento-legislatore, ergendo la Corte a supremo controllore anche del se e dell'entro quando quest'ultimo deve legiferare.

Lecito dunque chiedersi, giunti fin qui, se valga la pena perseverare in questa direzione. Concluderei, se proprio si deve concludere, dicendo che molte delle cose che abbiamo ascoltato nel corso di questo seminario inducono a rispondere negativamente.