

IL LEGISLATORE NEGATIVO E LA ‘*CULPA FELIX*’ DEL GIUDICE DELLE
LEGGI CONSIDERAZIONI SULLE ‘NUOVE PRASSI’ DELLA CORTE
COSTITUZIONALE

Antonio Iorio*

SOMMARIO: 1.- Premessa; 2.- La perdita di centralità del Parlamento nella funzione legislativa; 3.- Il ruolo della Corte Costituzionale nell’attuazione dei ‘principi fondamentali’; 4.- L’intervento della Corte Costituzionale tra ‘rime obbligate’ e ‘rime sciolte’; 5.- Alcuni precedenti di interventi ‘a rime sciolte’; 6.- Le nuove prassi della Corte Costituzionale; 7.-L’esempio della ‘sentenza Cappato’; 8.- La decisione in tema di ergastolo ostativo; 9.-L’insussistenza di rischi di ‘creazionismo costituzionale’; 10.- Una riflessione di sintesi: i ‘principi’ costituzionali come fondamento e limite per il legislatore e per la Corte Costituzionale.

1.- Premessa.

Il presente contributo affronta una questione certamente non nuova che merita di essere ancora indagata alla luce dei recenti interventi dei giudici costituzionali. Più in generale, il tema attiene alle funzioni della giustizia costituzionale cui si riconnette il ruolo della Corte Costituzionale, come rideterminatosi in quella prospettiva diacronica tracciata dalle teorie che ne hanno inquadrato e, in un certo modo, orientato l’evoluzione interpretativa.

L’assunto iniziale muove dal dato che la risposta alla domanda di garanzia effettiva dei diritti costituzionalmente sanciti abbia determinato l’esigenza di una più incisiva capacità di intervento dell’organo di giustizia costituzionale, quale garante e protagonista della tutela dei diritti fondamentali della persona umana, nonché di una indispensabile funzione di riequilibrio e di “balance”, prefigurati – e, dunque, in attesa di concretizzazione – dalla stessa architettura costituzionale.

In altri termini, il giudice costituzionale viene sempre più a configurarsi come ‘soggetto’ imprescindibile nel quadro della regolamentazione dei rapporti sociali in un contesto post-globalizzato, dove le singole istituzioni nazionali spesso non appaiono in grado di soddisfare in maniera pronta e adeguata le attese dei consociati. Il compito attiene non solo al controllo della legittimità costituzionale delle leggi ma inerisce, da un lato, alla garanzia della sfera dei diritti soggettivi, poliedricamente disattesi da un sistema istituzionale che appare in difficoltà rispetto alle sollecitazioni dei nuovi scenari determinati dalla post-modernità¹ e, dall’altro, ai diritti personalissimi dei consociati, in

* Collaboratore della Cattedra di Diritto penale presso l’Università degli Studi di Salerno.

¹ Meccanismi di adeguamento appaiono del tutto naturali alla luce della relatività storica del diritto; come evidenziava già F. Gramatica, *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino 1934, 7, il diritto «dovendosi

tutti gli ambiti pre-riconosciuti dai precetti costituzionali direttamente connessi al fascio di protezione proiettato dall'art. 3 della Carta fondamentale².

Molteplici sono le cause dell'inefficienza dell'ordinaria normazione, imperniata sulla centralità del legislatore parlamentare; un organo/potere che non riesce a dare piena e concreta attuazione ai principi fondamentali e, in special modo, quelli che connotano la prima parte (artt. 1-12) della Carta fondamentale.

Il tal modo, ad esempio, l'eguaglianza formale dinnanzi alla legge costituisce, tuttora, uno dei principali obiettivi in attesa di reale adempimento; si tratta, a ben vedere, di un limite che attraversa le varie democrazie occidentali, nel momento in cui, dinnanzi a tale principio aporetico, ridotto a presupposto di mera tendenza, nessun "law-system" democratico appare sufficientemente in grado di soddisfare pienamente quell'esigenza di tutela sostantiva³ che tale precetto esige, ostacolando di fatto il pieno sviluppo della persona e la mancata attuazione verticale dei presupposti equitativi, distributivi, nonché solidaristici.

Il legislatore appare in ritardo rispetto alle sollecitazioni degli organi costituzionali e sovranazionali e un tale stato di cose rende sempre più insostituibile il ricorso al giudice delle leggi che ha finito per rivestire – suo malgrado – un ruolo centrale attraverso, anche, evoluti criteri di intervento, non più limitati alla censura 'negativa' delle leggi, ma estesi alla valutazione del difetto dei presupposti di ragionevolezza.

Nella prospettiva di un controllo costituzionale 'diffuso', si pone infatti il problema della legittimazione dei criteri e dei metodi impiegati da parte dei giudici nelle scelte di adozione di presupposti di giustizia sostantiva, non solo individuale, nonché nell'impiego di criteri equitativi rispetto al caso concreto. Infatti, tali dinamiche sostantive non sono sempre oggetto di applicazione in ambito giurisdizionale, soprattutto da parte delle corti inferiori.

Particolare attenzione va rivolta ai risvolti applicativi futuri di tali decisioni, che prevalentemente risultano limitate e orientate a risultati "short-term" relativi ad un

adattare alle varie esigenze del momento, vincolato come è alle concezioni etico-morali-religiose e sociali, non può avere che un carattere di particolare contingenza, e con le necessità dell'epoca, vive o muore»; nella stessa ottica D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano 1976, 63; A. M. Stile, *Relazione di sintesi a Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola, francese a confronto*, Atti del Convegno di Firenze del 19-20/11/1993, Padova 1995, 288; più in generale sulla relatività storica del diritto cfr. G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto* (1955), trad. di R. Cristin, Milano 1998, 3, secondo il quale non c'è un ordinamento giuridico che valga da sempre e per tutti.

² Sul tema della evoluzione e riconfigurazione dei sistemi costituzionali nel contesto della globalizzazione cfr. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, 23ss.

³ Per l'individuazione della categoria normo-giurisprudenziale del "substantive due process" e, dunque, della 'giustizia sostantiva' si veda G. E. White, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge 2000, 244.

singolo caso, dunque con esiti non sempre durevoli o pienamente esaustivi, anche nel caso in cui possa sussistere un molto evoluto “law-system”.

Tali limiti risultano allo stesso tempo acuiti proprio dalla presenza di costruzioni istituzionali qualitativamente inadeguate sotto il profilo dell’efficienza, che risultano quanto meno intempestive rispetto alle allarmate esigenze di tutela, alle attese di riconoscimento di nuovi diritti e delle esigenze sostanziali di equità e di “fairness” in ambito sociale, economico e politico.

L’equità appare quindi poter costituire la leva, entro ed attraverso cui, ogni democrazia è chiamata a ri-orientare le proprie istituzioni e prassi, per rispondere a quelle attese di giustizia e di legittimità costituzionale, quest’ultima spesso limitata alla mera ‘attesa’ di una *interpositio legislatoris*⁴, che si rivela comunque inefficace, se non addirittura protagonista di una de-personalizzazione del corpo sociale dinnanzi ad un sistema pluralistico altamente complesso e multiforme, caratterizzato da una permanente o contingente discontinuità rispetto alle esigenze di riconoscimento e di garanzia dei diritti fondamentali collocati nell’obbligatorietà ordinamentale dall’art. 2 Cost.⁵.

2.- La perdita di centralità del Parlamento nella funzione legislativa.

In particolare, sul piano del diritto penale, lo scenario entro cui nell’ultimo trentennio si è evoluta e ridefinita l’attività della Corte Costituzionale è caratterizzato dalla ricerca di soluzioni in grado di risolvere lacune e conflitti normativi determinati dall’eccessiva complessità della legislazione, o meglio dalla ‘complicazione’ della stessa, non più assistita da una strutturazione efficacemente codicistica⁶ capace di rendere all’interprete

⁴ Il tema dei ‘diritti sociali’, come è noto, è stato oggetto di alterne riformulazioni negli ultimi secoli. Tali diritti, affermatasi in Europa con l’avvento dell’economia moderna e della società di massa, iniziano ad essere inseriti costantemente nelle costituzioni di democrazia pluralistica. A partire dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali si instaura la dialettica tra le tesi di una necessaria *interpositio legislatoris* e quelle dell’immediata giustiziabilità degli stessi. La riflessione dottrinale relativa alla definizione dei diritti sociali si è concentrata sulle questioni relative agli elementi di differenziazione di tali diritti rispetto ai “classici” diritti di libertà. Sul punto la letteratura è vastissima; per una ricostruzione del tema mi limito a rinviare alle considerazioni svolte da M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl. Agg.* (2012) 220.

⁵ L’art. 2 Cost., nel proclamare che la Repubblica «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo», intende anche sottolineare che tali diritti non sono creati *ex nihilo* per pura volontà politica, ma preesistono allo Stato che li riconosce e si impegna a garantirli; in questo senso, come già osservato da P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino 2005, 141ss., «l’invulnerabilità dei diritti fondamentali implica, come necessaria conseguenza giuridica, la irriducibilità *in peius* delle norme costituzionali che li prevedono».

⁶ Non sono pochi gli anni trascorsi da quando N. Irti (*L’età della decodificazione*, Milano 1999, 94ss.) tematizzava l’avvento di una ‘età della decodificazione’, ponendo attenzione alla (spesso incontrollata) proliferazione di leggi speciali, che avevano (e hanno) l’effetto di intaccare la vigenza universale delle normative generali la cui sede naturale è rappresentata negli Stati moderni dalla forma ‘codice’. La destabilizzazione dei codici, di fronte all’emergere di complessi prescrittivi particolari, con la non

un ‘*corpus*’ coerente⁷. Può essere richiamata sotto questo profilo l’espansione della legislazione speciale, che ha finito per relegare in ambiti sempre più ristretti il codice penale, nonostante quest’ultimo sia stato delineato, sin dalla fine degli anni ’70 del secolo scorso, nei termini di «prontuario tendenzialmente esaustivo degli interessi e dei valori meritevoli di tutela»⁸.

Una delle conseguenze della normazione d’inizio secolo è stata proprio la perdita di centralità del Parlamento nella funzione legislativa⁹; perdita dovuta, anche, all’agire di fonti sovranazionali ed all’autonomia legislativa dei livelli regionali interni, unita alla modalità di normazione eccessiva e spesso disordinata da parte del legislatore nazionale. Ne è disceso un fenomeno connotato da inflazione e da ipertrofia normativa i cui effetti, soprattutto in settori delicati come quello del diritto penale¹⁰, risultano spesso gravemente detrimenti di quel sistema di garanzie costituzionali che la legislazione è invece chiamata ad attuare.

Inoltre, la ‘crisi della legge’ non deriva esclusivamente dall’aumento quantitativo del numero delle leggi prodotte e degli altri atti normativi – fatti già di per sé rilevanti per il rischio di sovrapposizione di norme e conseguenti ricadute in tema di *ne bis in idem*¹¹ – ma anche dallo scadimento della qualità delle stesse, caratterizzate da non felice

secondaria conseguenza di affievolire il portato di stabilità che i primi implicano, è però solo una delle manifestazioni della ormai diffusa tendenza a riconoscere un sempre minor ruolo di garanzia alla fonte legislativa.

⁷ Cfr. M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari 2010, 48ss.

⁸ C. Fiore, *Prospettive della riforma penale. Il ruolo della legislazione speciale*, in *Dem. dir.* (1977) 685.

⁹ Come è stato osservato (M. Panebianco, *Gli atti di co-legislazione*, Milano 2012, 1): «I confini e gli autori sostanziali della legislazione sono, come è noto, di per sé soggetti a rimodulazione in ragione di un sistema multilivello Unione europea-Stato-Regioni -anch'esso soggetto a rapida ridefinizione di tipo verticale più che orizzontale nel senso che pare orientato, almeno nelle materie legislative di coordinamento finanziario e fiscale nonché di armonizzazione dei bilanci pubblici, ad una sorta di "clausola di supremazia" dell'Ue rispetto allo Stato e di tale ultimo rispetto ai livelli territoriali interni-, a competenza ripartita fra soggetti pubblici e ripartita anche fra pubblico e privato». Rilevante risulta anche l’entità della decretazione di urgenza e, infine, a contribuire alla crisi della legislazione statutale, contribuisce significativamente il vasto processo di delegificazione, in virtù del quale la disciplina di rango legislativo è sempre più largamente sostituita da regolamenti governativi, in forme molto spesso di dubbia costituzionalità. Sul tema già A. Celotto, *L’"abuso" del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova 1997; G. De Muro, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino 1995, 45ss.

¹⁰ Si rifletta, ad esempio, sui tanti ‘pacchetti sicurezza’ che si caratterizzano, tra l’altro, proprio per scadente tecnica legislativa; vanno segnalate, in proposito, le ‘anticipazioni’ svolte da F. Palazzo, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1997) 694ss. che sin dalla fine del secolo scorso censurava l’atteggiamento del legislatore scarsamente incline ad accogliere qualunque indicazione tesa ad un miglioramento del processo di produzione legislativa.

¹¹ Recentemente, nell’ambito di una ricca letteratura, cfr. L. Bin, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in <https://sistemapenale.it>. (2020) 1ss; sugli interventi della Corte di giustizia europea cfr. B. Nascimbene, *Il divieto di bis in idem nella elaborazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, ivi 4 (2020) 96ss.

redazione lessicale¹², da stratificazioni e modificazioni progressive, frettolosamente emanate¹³, che ne rendono molto problematica l'applicazione, nonostante i più volte proclamati interventi – sul piano della legislazione più generale – di “drafting” legislativo intesi alla semplificazione normativa¹⁴.

Si tratta di una condizione di grave vulnerabilità della ‘certezza del diritto’¹⁵ che, pure, era stata eletta sin dall’Illuminismo a postulato etico dello stato di diritto¹⁶.

¹² G.U. Rescigno, *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur. Trec.* 30 (1993) 1ss.

¹³ La ‘fretta’, infatti, rappresenta un’altra connotazione che inficia in maniera rilevante la recente legislazione penale; i vari provvedimenti normativi – ed in modo precipuo quelli ancorati a pseudo esigenze di ordine o sicurezza pubblica – hanno il proprio comune denominatore nel decreto-legge anche quando le reali esigenze di straordinarietà e urgenza sono tali solo astrattamente. Non è mancato chi ha rimarcato «il disinvolto uso della decretazione d’urgenza» (a proposito della re-introduzione della fattispecie dell’accontaggio) cfr. M. Telesca, *La "riesumazione" dell'accontaggio (art. 669-bis c.p. dopo la l.n. 132/2018). Ovvero il continuum tra legislazione fascista e "pacchetti sicurezza"*, in *Costituzionalismo.it* 1 (2019) 37ss.; ancora, con riferimento, al ‘pacchetto-sicurezza Minniti’ (d.l. 113/2018) ha evidenziato, A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, ivi 2 (2018) 167ss., il fatto che si tratta di «un provvedimento privo dei requisiti di necessità e urgenza, costellato di profili di incostituzionalità, eterogeneo». Il mancato approfondimento dei testi normativi, per far fronte a forme più o meno marcate di impellenza interventistica, riverbera sulla qualità delle singole disposizioni che ha richiesto in molti casi l’intervento della Corte Costituzionale; valga l’esempio (estraibile in verità da una ricca casistica) dell’introduzione della circostanza aggravante «l’aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale» (art. 61 n. 11-bis c.p. aggiunto dal d.l. 92/2008) poi dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza 5-8 luglio 2010, n. 249.

¹⁴ Più in generale, sul vastissimo tema della semplificazione legislativa cfr. A. Celotto, C. Meoli, *Semplificazione normativa (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubb. Agg.* 3 (2008) 9ss.

¹⁵ Il significato di ‘certezza’, utilizzato nell’ambito delle presenti riflessioni, è quello di obiettività prevedibilità delle conseguenze che l’ordinamento giuridico determina per i comportamenti dei consociati. Il concetto di certezza del diritto appare ‘sfuggente’ nella prospettiva della teoria generale del diritto risultando prevalentemente espresso da un punto di vista giuspositivistico soprattutto in termini prevedibilità, vale a dire, come possibilità diffusa di prevedere la gamma delle conseguenze giuridiche effettivamente suscettibili di essere spontaneamente o coattivamente ricondotte ad atti o fatti. Il tema della certezza del diritto è stato oggetto di elaborazione in una vastissima letteratura; per una ricostruzione delle varie concezioni si veda L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.* (1988) 274ss.; F. F. Pagano, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli 2018, 59ss.; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005, 15ss. In ambito penalistico le questioni connesse alla certezza sono state da sempre al centro del dibattito scientifico; è sufficiente richiamare che già Lopez De Oñate, *La certezza del diritto* (1942), G. Astuti (cur.), Milano 1968, 40, sottolineava che «l’incertezza del diritto è il motivo centrale e dominante dell’attuale crisi del diritto». Sulla certezza del diritto che rappresenta «una condizione per l’esistenza stessa del sistema penale» cfr. F. Palazzo, *Certezza del diritto e codificazione penale*, in *Pol. dir.* (1993) 366; l’importanza del principio di certezza del diritto che fa «premio persino su quello di giustizia» viene riaffermato da C. Pedrazzi, *Problemi di tecnica legislativa*, in C. Pedrazzi (cur.), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Atti del convegno ‘Arel’ del 17/03/1978, Milano 1979, 25.

¹⁶ Come già osservato da F. Modugno, *Legge, ordinamento giuridico, pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1985, 4, la legge è comunemente considerata fonte del diritto per antonomasia. L’idea è un riflesso della concezione della legge come espressione della «volontà generale» del sommo potere, del potere sovrano; così J. J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris 1869, 46. Tale principio, è noto, costituisce la caratteristica del pensiero giuridico europeo (specialmente francese) del

La precarietà della certezza e, quindi, della validità del diritto, conseguenza dei vizi latenti di incostituzionalità e di una sistemica fallacia delle leggi, è rappresentativa e causa stessa di marcati pregiudizi a carico della società, limitando in maniera spesso ineluttabile il pieno progresso sociale, economico e culturale della stessa.

Il quadro caratterizzato dalle carenze e dalle omissioni del sistema legislativo nel dare attuazione ai principi costituzionali risulta, inoltre, aggravato dalla lentezza di un sistema giurisdizionale, a sua volta, non sufficientemente adeguato dal punto di vista della capacità di soddisfacimento tempestivo delle esigenze di giustizia che, nel suo funzionamento, si pone spesso come fonte di ulteriori dilemmi derivanti da un “overruling” ‘spregiudicato’ da parte delle giurisdizioni inferiori, anch’esso generativo di conflitti endo-ordinamentali difficilmente risolvibili, stante la matrice di “civil law” del nostro ordinamento giuridico e dunque non dotata di un *instrumentum* volto a tutelare la ‘fermezza’¹⁷ dell’orientamento risultante dalle decisioni del sistema giurisprudenziale stesso. Si tratta di ‘effetti’ che, precludendo la prevedibilità delle

XVIII e XIX secolo e della prima metà del XX, fino al generalizzarsi del fenomeno delle Costituzioni rigide. In regime di Costituzione flessibile, infatti, la legge godeva dello statuto di fonte (non unica forse, ma certo) suprema e primaria. La legge era fonte suprema nel senso che – data la natura flessibile della Costituzione – era fonte sovra-ordinata a ogni altra (concretamente alla consuetudine e ai regolamenti dell’Esecutivo, così come al diritto giurisprudenziale). La legge era, poi, fonte primaria, nel senso che la funzione legislativa era logicamente pre-ordinata a ogni altra funzione statale: la sola che non costituisse applicazione di norme preesistenti, mentre tutti i rimanenti poteri dello Stato erano dalla legge conferiti e, pertanto, dalla legge derivati. La previa esistenza di una legge era dunque condizione necessaria di validità per qualsiasi atto dei rimanenti poteri statali (ivi inclusi gli atti a contenuto normativo del potere esecutivo); in proposito si rinvia alle considerazioni svolte da F. Modugno, *Legge in generale*, in *Enc. dir.* 23 (1973) 875. Più in generale sulla teoria delle fonti cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano 2010, 90ss.

¹⁷ Si consideri che presupposti quali lo ‘*stare decisis*’ nei sistemi “Civil Law”, come è noto non costituiscono paradigma di orientamento dei giudici, che è invece proprio dei sistemi “Common Law”. Negli ordinamenti di “common law” vige la regola consuetudinaria del precedente vincolante: le Corti inferiori hanno l’obbligo di conformarsi alle decisioni delle Corti superiori. Un giudice inferiore, al quale sia sottoposto un caso analogo ad un altro già deciso da un altro giudice superiore in una sentenza precedente, deve decidere il caso nello stesso modo. Sul tema si veda, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, 263ss.; V. Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.* 6 (2002) 883.; U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. civ.* 14 (1996) 167. Nella vincolatività dello *stare decisis* viene individuata la differenza più importante fra “common law” e “civil law”. Tale regola non si sostanzia in un precetto assoluto che si impone all’organo giudicante ma nel concorso di molteplici elementi consuetudinari e ordinamentali. Una tecnica di mitigazione del precedente vincolante è quella dell’ “overruling” che indica l’abbandono di un indirizzo precedentemente accolto da parte di una corte abilitata a enunciare dei principi di diritto in grado di vincolare gli altri giudici. Il giudice del caso può discostarsi da un precedente dato che la regola dello *stare decisis* non trova applicazione quando un precedente risulti emesso senza tener conto dell’esistenza di una legge scritta o quando appaia non consona al caso di specie oppure quando appare erroneo o superato dalle mutate condizioni storico-sociali. Altra tecnica è il “distinguishing”, consentito anche ai giudici inferiori, con cui il giudice esclude l’applicabilità di uno specifico precedente al caso di specie dimostrando che l’identità tra la fattispecie portata al suo esame e quella del precedente è solo apparente. Per ulteriori approfondimenti cfr. A. Villa, *Overruling processuale e tutela delle parti*, Torino 2018, 62ss.

decisioni giudiziarie, ne impediscono l'impiego come criteri di orientamento da parte dei destinatari del diritto.

Sicuramente la ponderazione che il giudice è chiamato a svolgere è quella di valutare l'intera coerenza, adeguatezza e proporzionalità della propria decisione rispetto all'ordinamento nel suo complesso, sotto il profilo della legalità costituzionale e, quindi, dei presupposti di congruità, di razionalità e di ragionevolezza che dovranno essere adoperati quale fondamento della discrezionalità e della motivazione della decisione¹⁸.

Dall'esame dell'articolazione, delle basi e dell'essenza del sistema di "civil law" consegue, come si avrà modo di dimostrare nel prosieguo, che le preoccupazioni per l'eccessivo 'protagonismo' e, quindi, per l'esercizio 'innovativo' del potere di giustizia costituzionale, risultino infondate. La legittimazione per interventi 'forti' discende, invece, dal perseguimento dell'effettività del principio di equità costituzionale o di "fairness" e, dunque, gli organismi costituzionali assolvono alla funzione imprescindibile di garanzia della legalità costituzionale. In tale prospettiva a fronte di un'inesistenza nel nostro ordinamento di un criterio di "self-regulation" delle giurisdizioni inferiori, almeno in linee generali – quale potrebbe essere ipoteticamente lo *stare decisis* volto a garantire in via tendenziale maggiore convergenza del "decision-making" soprattutto in giudizi di non particolare complessità – emerge l'esigenza di un ruolo più determinante della Corte Costituzionale, chiamata a controbilanciare tali carenze.

3.- Il ruolo della Corte Costituzionale nell'attuazione dei 'principi fondamentali'.

La funzione cui è chiamata la Corte Costituzionale risulta essenziale al fine di armonizzare, nonché anticipare (i.e. sollecitare) nell'ordinamento il soddisfacimento delle domande di equità costituzionale e di presupposti effettivi di certezza del diritto, nel pieno riconoscimento dell'armonia del "law-system" entro il "rule of law", per rimediare alla sostanziale diseguaglianza della sfera individuale dei singoli consociati rispetto alla formale eguaglianza espressa dalle Carte costituzionali, anche nella loro validità semantica e programmatica.

Rispetto all'inadeguatezza della legislazione ordinaria il giudice costituzionale ha di fatto finito con l'assumere nel corso del tempo un ruolo che si potrebbe definire centrale, in quanto non solo sostitutivo e 'negativo' nell'espletazione delle sue funzioni¹⁹, ma soprattutto integrativo ed additivo rispetto al potere legislativo,

¹⁸ In tal senso, come già anticipato da G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 38ss.

¹⁹ Evidenzia la funzione 'co-legislativa' Panebianco, *Gli atti cit.* 116, quando osserva: «In questa ottica si manifesta un ruolo para-legislativo o 'colegislativo', tuttavia è la Consulta stessa a puntualizzare che un

divenendo perciò complementare ad esso, nonché insostituibile in virtù della sua ragion d'essere 'custode della Costituzione'.

Il ruolo verso cui la Corte Costituzionale risulta evolversi, ben oltre l'ambito più ristretto della funzione di 'legislatore negativo' individuata nella teorizzazione classica kelseniana²⁰, è quello di tutela e di garanzia dei consociati, per meglio dire di *instrumentum protectionis*, in modo particolare delle minoranze e dei soggetti più deboli che non dispongono delle tutele adeguate e sono, in maniera più diretta, 'vittime' di un sistema istituzionale risultato scarsamente efficiente nell'attuazione dei presupposti di giustizia e di equità costituzionale.

I limiti della legislazione ordinaria, in presenza di un diritto positivo intrinsecamente incerto e talvolta auto-confliggente, nonché la carenza di legislazione specifica in alcuni ambiti, ancorché non espressamente tecnici ma, soprattutto, le lacune *legis* in materie che esigono invece tutela effettiva di diritti fondamentali quali la libertà, unite alla sistematica lentezza dell'impianto legislativo spesso disattendente le attese sociali, economiche, politiche e giurisdizionali, può comportare una vera e propria 'oppressione' e 'soccombenza indiretta' dei consociati, nello scenario di un ordinamento giuridico costituzionale non perfettamente compiuto, debole, nonché inidoneo a performare attivamente le proprie funzioni, soprattutto nell'esplicazione di interessi generali o diffusi nel contesto di un "welfare-state" dinamico ed avanzato.

L'effetto distorsivo, di una legislazione non attenta a tali esigenze determina inesorabilmente la limitazione sistematica di tali diritti, risultando una vera e propria aberrazione già l'ipotesi che tali carenze siano ancora sussistenti ed in essere nel ventunesimo secolo in ordinamenti 'evoluti' come quelli attuali, soprattutto nelle democrazie occidentali, dando luogo ad una contraddizione rispetto a quelli che sono i presupposti costituzionali, delle convenzioni e del diritto sovra-nazionale. Il quadro è reso ancora più allarmante dalla attuale situazione economica e politica internazionale che coinvolgendo forzatamente ordinamenti e tradizioni giuridiche tra loro eterogenee, se non, in molti casi, del tutto incompatibili, finisce con l'insidiare da vicino la sfera dei

intervento di tale tenore è impedito laddove esso implichi l'assunzione di scelte discrezionali proprie del legislatore, viceversa è ammesso quando l'addizione -'a rima obbligata' - della nuova norma è in certa misura già presente al livello costituzionale e l'estensione a quello legislativo è logicamente necessitata, così che la Corte solo in apparenza esercita un ruolo legislativo». Sul tema delle 'rime obbligate' v. *infra* § 4.

²⁰ H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, 174, dove definisce l'organo di giustizia costituzionale come 'legislatore negativo'; scrive, infatti: «Mentre il legislatore è vincolato dalla costituzione solo per quanto riguarda il procedimento ed in modo del tutto eccezionale per quanto attiene al contenuto delle leggi da emanare, e solo mediante principi o direttive generali, i poteri del legislatore negativo, dell'organo di giustizia costituzionale, sono invece completamente stabiliti dalla costituzione. E proprio per tali ragioni questa funzione somiglia a quella di qualunque altro tribunale; essa è principalmente applicazione e solo in misura esigua creazione del diritto, e quindi è veramente giurisdizionale».

diritti fondamentali costituente il nostro ordine giuridico, ponendo, così, in grave pericolo la tutela dei diritti dell'uomo e della stessa democrazia²¹.

4.- L'intervento della Corte Costituzionale tra 'rime obbligate' e 'rime sciolte'.

Rispetto ad una situazione di avvertita 'inadeguatezza' della recente legislazione si pone un fondamentale dilemma che attiene al ruolo della Corte Costituzionale, vale a dire se essa sia chiamata a svolgere una funzione minima di 'legislatore negativo' oppure, all'opposto, abbia anche una imprescindibile funzione (di fatto) para-legislativa. In altri termini, occorre risolvere il quesito di fondo: se l'intervento della Corte nell'attività interpretativa possa travalicare l'ambito c.d. delle 'rime obbligate' o 'rime bacciate'²² o,

²¹ Gli effetti distorsivi dell'azione sul piano globale di un troppo libero mercato ormai strutturato prevalentemente sulla speculazione finanziaria, più che sulla produzione, con la conseguente decrescita dell'occupazione lavorativa, in assenza di meccanismi redistribuivi della ricchezza, finiscono con il minare le stesse condizioni di effettività degli ordinamenti giuridici, 'effettività' qui intesa come capacità di durata dell'ordinamento. Le decisioni 'politiche', che devono essere adottate dagli ordinamenti statuali democratici per arginare tali fenomeni di erosione degli ordinamenti normativi interni derivanti dalla globalizzazione del sistema economico, non appaiono più sufficientemente legittimate con il ricorso al criterio della decisione a maggioranza. Si può considerare in proposito come, nel nostro ordinamento, lo stesso criterio della maggioranza parlamentare, per quanto ricostruito nella nota prospettiva 'finzionistica' della democrazia parlamentare (La definizione proceduralistica e finzionistica della democrazia parlamentare è elaborata in H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1920), trad. it. a cura di A. Carrino, Torino 2004, 67, che contiene anche gli altri due saggi di Kelsen, *Sociologia della democrazia* (1926) e *Difesa della democrazia* (1932), appaia ormai sensibilmente 'distorto', al punto di risultare difficilmente riconducibile finanche alla -necessaria- finzione di rappresentanza di un Parlamento che, in quanto eletto dalla maggioranza del popolo, ne esprimerebbe anche la volontà. In disparte le considerazioni sui livelli preoccupanti di astensionismo elettorale che, nelle ultime elezioni regionali del febbraio 2023 ha raggiunto soglie del 60% circa, è sufficiente considerare che la vigente legge elettorale italiana assegna di fatto al candidato premier di ogni coalizione la scelta dei candidati alla Camera dei Deputati -che pure dovrebbe controllare i suoi atti di governo qualora ne assumesse l'incarico- per di più assegnando alla lista prima eletta, ancorché abbia ottenuto un numero di voti molto inferiore al 50 per cento dei votanti (il che con un astensionismo al 60% significa meno del 20% dei voti degli elettori) un premio che le consente di avere il 55 per cento dei seggi parlamentari. Rispetto a tale scenario di palese e, al momento, non risolvibile 'crisi' da carente o ridotta legittimazione -oltre che inefficienza sistemica- del legislatore parlamentare, le teorie 'critiche' della presunta invasione da parte della Corte Costituzionale di competenze legislative 'positive' -competenze ben altre da quelle tradizionalmente concepite per un modello di 'legislatore negativo'- risultano tuttavia prevalentemente fondate sulla lamentata ed allarmata carenza di 'legittimazione democratica' di tale ultimo organo.

²² Con il sintagma «rime obbligate» si fa riferimento all'intuizione di V. Crisafulli (*La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.* 1 (1976) 1707ss.; Id., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhicupo (cur.), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna 1978, 84ss.; si tratta di una soluzione che risulta fortemente innovativa, capace di ricomporre in sintesi gli estremi di un acceso dibattito, al tempo stesso, scandendo le nuove prospettive di intervento della Corte. L'illustre Autore ha posto in evidenza che, nella sua ragion d'essere, la Corte Costituzionale non inventi nulla di nuovo, limitandosi a chiarire, definire o motivare qualcosa che era già compreso nel sistema normativo. L'intuizione risolveva una risalente ed accesa polemica sulla legittimità degli strumenti manipolativi-sostitutivi, cadenzata da accuse di funzione parallela di indirizzo legislativo, fino a quelle di attività legislativa camuffata (cfr. F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (curr.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, 19ss.; L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, *Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova 1985; E. R. Belfiore, *Giudice*

invece, possa – nella ricerca di quella ‘giustizia sostanziale’ e, più in generale, della concreta applicazione dei principi e delle garanzie costituzionali, a cui si è fatto cenno in apertura – fare ricorso alle c.d. rime ‘sciolte’ o ‘possibili’²³.

delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca, Milano 2005). In seguito, molti hanno continuato a evidenziare il rischio sia di uno stemperamento del ruolo che la Costituzione riconosce al legislatore, sia di una sovra-valutazione del ruolo del giudice tanto costituzionale quanto comune. Nella prospettiva tracciata da Crisafulli, gli interventi della Corte finalizzati a colmare omissioni incostituzionali risultavano giustificati in quanto operati entro ed attraverso lo schema delle “rime obbligate” (V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in N. Occhiocupo (cur.), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978, 4; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, Padova 1984, 497. Di ‘rime obbligate’ con riferimento alla creazione di norme regolatrici del caso concreto ad opera del giudice, nel senso di creazione limitata al caso deciso, come è stato rilevato (F. Modugno, *Validità b) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.* 46 (1993) 78, nt. 100), aveva già fatto tema F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma 1921, 232): la Corte può direttamente colmare la lacuna, in quanto la norma da applicare al caso concreto risulta direttamente desumibile dal testo costituzionale. Al tempo stesso, tuttavia, le rime obbligate, se costituiscono un chiaro specchio di evidenza di legittimità della decisione, in quanto resa in ‘applicazione’ diretta del testo della Costituzione, ne segnano al tempo stesso anche il limite, con riferimento a quelle ‘zone d’ombra’ in cui i principi non risultano direttamente ricavabili dalla testualità costituzionale che, in quanto ‘testo’, tali principi non può sempre esplicitare, in quanto principi rilevabili entro la dimensione dinamica ed evolutiva dell’ordinamento giuridico costituzionale, ovvero, entro quel diritto vivente che il ‘testo’ non può racchiudere. In questo modo, come è stato notato, l’intuizione crisafulliana certamente ha fornito un risolutivo contributo al problema della giustificazione teorica delle sentenze cd. manipolative o, più propriamente, normative, sentenze che la Corte ha ritenuto di poter emettere in funzione di supplenza rispetto alle ‘omissioni’ del legislatore, ricadendo in quella che, Silvestri, ha efficacemente definito ‘*culpa felix*’. Parte della dottrina, infatti, ha efficacemente individuato la ‘supplenza’ della Corte Costituzionale rispetto alle ‘omissioni legislative’ come un ‘*culpa felix*’, cfr. G. Silvestri, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.* 9 (1994) 32. Sulle sentenze ‘normative’ si veda, Id., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli* cit. 755 ss.). Tuttavia, la prospettiva crisafulliana delle “rime obbligate”, ancorando rigidamente la ‘creatività’ della Corte al testo della Costituzione, finisce anche con il limitarla severamente a quelle soluzioni normative immediatamente evincibili dalla testualità costituzionale, in questo modo confinandola in ambito troppo ristretto.

²³ Sul tema delle c.d. ‘rime sciolte’, nell’ambito di un ampio lavoro, viene evidenziato (cfr. D. Tega, *La Corte nel contesto. La corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, 169) come - si legge nella sinossi al testo - la Corte Costituzionale cerca di tornare al centro della scena, recuperando spazi di intervento che, prima, aveva lasciato andare, a beneficio del legislatore, ma anche dei giudici comuni e di quelli europei. Questa tendenza è inquadrata in una prospettiva più generale: quella che guarda al contesto complessivo (giuridico, politico, culturale e sociale) in cui l’Istituzione opera. Il ruolo del giudice delle leggi sembra cambiare nel tempo, anche se non cambiano le disposizioni dedicate alla Corte (...) Cambiano le domande che vengono rivolte alla Corte; i suoi rapporti con le altre istituzioni; i paradigmi che, anche quando non rivendicano esplicitamente una natura costituzionale, sicuramente influenzano il costituzionalismo nazionale. E, aggiunge l’A. la diversità delle tendenze in cui si è articolata la giurisprudenza costituzionale e il mutare delle sue costruzioni interpretative riflettono anche il costante tentativo della Corte di continuare ad approvvigionarsi del massimo possibile di legittimazione delle proprie decisioni, tenuto conto del contesto in cui esse dispiegano i propri effetti. In altrui termini, in caso di vuoti di disciplina che rischiano di risolversi in una menomazione prolungata nel tempo della menomazione stessa dei diritti fondamentali, la Corte deve farsi carico dell’esigenza di evitarli, non limitandosi ad un annullamento secco della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fino a che sulla materia non intervenga il Parlamento.

Con riferimento, in particolare, alle decisioni del giudice costituzionale deve ritenersi – come si cercherà di dimostrare nel prosieguo – superata la finzione di una decisione giurisdizionale come esito di un processo di mera sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta.

Allo stesso modo risulta infondata la pretesa di limitare le decisioni della Corte Costituzionale entro il più ristretto ambito – linguistico-semanticamente – delle ‘rime obbligate’ e non ‘riaprirle’ all’intero sistema legislativo ordinamentale che, come ricavabile dalla Costituzione, non può ritenersi più contenuto od espresso solo dal testo legislativo, risultando necessariamente aperto dalla cogenza immediata dei principi costituzionali e delle altre fonti meta-legislative, ancorché non esplicitamente disciplinate in un testo di legge.

Va posto subito nella dovuta rilevanza che l’intervento della Corte Costituzionale non va letto come ‘sostitutivo’ del legislatore ordinario, quanto piuttosto, nell’ottica della piena concretizzazione dei diritti fondamentali, nei termini di sforzo ‘concorrente’ a dare piena attuazione alle cogenti indicazioni espressamente disciplinate nella Legge fondamentale²⁴. Che un tale risultato possa essere conseguito attraverso percorsi interpretativi nuovi non sposta, riteniamo, la ragione d’essere dell’operato dei giudici costituzionali.

In questo processo evolutivo la Corte ha costantemente confermato il proprio ruolo di giudice dei principi, auto-attribuendosi e ribadendo il proprio potere/dovere di dare piena attuazione alla Costituzione, fino a ‘ridefinire’ la potestà del legislatore, la cui discrezionalità resta necessariamente condizionata al rispetto della legalità costituzionale, ovvero dei principi che la Corte trae dal dettato costituzionale e maturi nella coscienza sociale, come nella decisione sul caso ‘Cappato’²⁵. Si tratta di una scelta di ‘supplenza’ della Corte determinata dall’esigenza di garantire effettività alla tutela costituzionale, particolarmente per quanto concerne l’ambito del diritto penale, con riferimento alla finalità risocializzante della pena, ovvero eliminando scelte sanzionatorie spropositate²⁶, in una prospettiva in cui, la giurisprudenza sulla misura della pena inizia a basarsi su un bilanciamento nuovo, ove a prevalere non è più solo il principio di stretta legalità penale ma un principio di legalità arricchito dai canoni di ragionevolezza²⁷. Tale ‘nuova’ tendenza, rimettendo in discussione il “self-restraint” all’ambito più stretto delle ‘rime obbligate’ riapre lo scenario del riparto di competenze tra giudice costituzionale e legislatore, ponendosi la questione del se la Corte possa giungere a travalicare la stessa riserva di legge in ambito penale, attribuendosi il potere di abolire reati o disponendo un trattamento sanzionatorio più favorevole o ampliare figure di reato già esistenti con il risultato di riconoscere forme di tutela più

²⁴ V. *infra* § 10.

²⁵ Su cui v. *infra* § 7.

²⁶ A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2 (2019) 805; per ulteriori approfondimenti cfr. G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2012, *passim*.

²⁷ D. Pulitanó, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.* 2 (2017) 48ss.

accentuate²⁸. In questi termini viene infatti ri-tematizzata la questione di un rischio di stemperamento del ruolo che la Costituzione riconosce al legislatore e di una conseguente sovra-valutazione del ruolo del giudice costituzionale e del giudice comune.

Con lo schema delle ‘rime obbligate’ l’attività della Corte poteva - ed era giunta costantemente - a svolgersi, anche in materia penale, ai confini delle competenze del legislatore. Senza tuttavia mai esplicitamente superarli. La teoria delle ‘rime obbligate’ ha fornito indubbiamente uno schermo giustificativo delle decisioni manipolative, rendendole riconoscibili come risultato dell’impiego prudente da parte della Corte del nuovo criterio di ragionevolezza e lasciandosi aperta la possibilità al legislatore di reintervenire con nuove iniziative di legge, avendo la Corte avuto sempre cura di ribadire che, determinate scelte riportate nelle proprie pronunce rappresentano solo una delle possibili soluzioni, fra quelle già esistenti e che il legislatore è in ogni caso libero di intervenire.

Le recenti prassi della Corte Costituzionale si iscrivono in un percorso evolutivo che, soprattutto a partire dalla fine del secondo millennio, risulta cadenzato da sentenze cd. ‘additive di principio’²⁹, mediante le quali, posta di fronte a omissioni incostituzionali da parte del legislatore e che tuttavia potrebbero essere colmate da quest’ultimo, la Corte ha scelto di intervenire, limitandosi ad indicare i principi sulla base dei quali il legislatore avrebbe poi potuto risolvere con il proprio intervento le evidenziate lacune.

Il clima di fondo di tale contesto giurisprudenziale risulta orientato dall’esigenza di ricorrere alla declaratoria dell’incostituzionalità di una disposizione legislativa solo come *extrema ratio*, rappresentando la sentenza ablativa della Corte una sorta di ‘fallimento dell’interpretazione’³⁰. Viene così ad affermarsi la preferenza per soluzioni ‘additive’ per intervenire a rimedio della incostituzionalità determinata da vuoti normativi, fino ad affermare la possibilità di limitazione degli effetti retroattivi della sentenza ablativa in quei casi in cui proprio la retroattività della decisione di incostituzionalità avrebbe rischiato di determinare una situazione di maggiore incostituzionalità³¹.

Come è stato osservato, tuttavia, questa tecnica della ‘additività di principio’, per avere efficacia, avrebbe richiesto la capacità di una pronta risposta da parte del legislatore, stante l’esigenza di rimediare allo stato di incertezza sulle regole da applicare al caso concreto³²; esigenza non compatibile con i tempi lunghi e le iniziative incerte del legislatore. Di conseguenza la Corte, in modo progressivo, ha fatto minor ricorso a tale

²⁸ Su tale fondamentale questione cfr. G. Marinucci, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.* 6 (2006) 4160ss.

²⁹ Per un inquadramento delle cd. sentenze additive cfr. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino 1996.

³⁰ In tal senso cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2009, 257.

³¹ Si prenda ad esempio il caso della sent. n. 10 del 2015 sulla “Robin Tax”, in *Riv. tel. ass. it. cost.* 2 (2015) che si propone come decisione pro-futuro, come osservato da M. Ruotolo, M. Caredda, *Virtualità e limiti della regolazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*.

³² M. Ruotolo, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. tel. ass. it. cost.* 2 (2019) 644.

tecnica che, pure, risultava in astratto idonea a coniugare l'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore, affermando al tempo stesso il principio di diritto costituzionale sulla cui base sarebbe stato 'colmabile' il vuoto normativo incostituzionale e, pertanto, non colmabile mediante il ricorso alla tecnica delle "rime obbligate", in tutti quei casi in cui le 'rime obbligate' a testo costituzionale offrono più soluzioni interpretative, tra di loro alternative.

5.- Alcuni precedenti di ricorso alle 'rime sciolte'.

Il percorso evolutivo finora esposto ha comportato una 'riapertura' dell'ambito della sindacabilità costituzionale della Corte con la configurazione della nuova dottrina dei cd. 'versi sciolti', che ha avuto iniziale rilievo ed impatto fondamentale particolarmente nell'ambito del diritto penale, ridefinendo il principio di stretta legalità penale, nella prospettiva della nuova legalità costituzionale³³. In questa nuova prospettiva, è stato osservato: «E come se la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite "relativo" per l'intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato "seguito" all'invito ad esercitarla in concreto»³⁴.

Paradigmatica di tale 'svolta' rispetto alle 'rime obbligate' risulta innanzitutto la sentenza n. 236 del 2016 – cui ha fatto seguito la n. n. 40 del 2019 che ne riprende la motivazione – con cui la Corte ha emesso una decisione sostitutiva che, in applicazione dei principi di congruità e ragionevolezza, ha inciso sulla determinazione della pena edittale prevista per il delitto di alterazione di stato mediante falso (art. 567, secondo comma, c.p.).

Nella sentenza, dopo aver premesso che spettano anzitutto al legislatore le valutazioni discrezionali di dosimetria della pena, viene affermato che, tuttavia, non sussistono ostacoli all'intervento della Corte Costituzionale ove le scelte sanzionatorie si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche alternative tra loro. Opzioni che siano tali da «riconduurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze». Si tratta a nostro avviso di una fondamentale ridefinizione dei propri poteri, rispetto allo schema delle 'rime obbligate' avendo la Corte inteso espressamente affermare che il proprio intervento ripristinatorio della legalità costituzionale non può essere limitato dalla circostanza che il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni alternative tra loro. Laddove invece, proprio la rilevata sussistenza di possibile

³³ Sulla ridefinizione del concetto di legalità penale, limitatamente al presente contesto, si veda A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo* cit. 785ss.; più in generale cfr. P. Grossi, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, in www.cortecostituzionale.it (2017) 1ss., dove l'autore osserva che il giudizio incidentale «continua a configurarsi, nell'esperienza, pur faticosa, che ne abbiamo, come l'occasione privilegiata di un permanente dialogo tra la Corte e i giudici comuni, nella ricerca e nella 'invenzione', se si può dire, e nei previsti limiti, del 'miglior diritto possibile'»; inoltre, cfr. anche M. D'Amico, *Principio di legalità penale e 'dialogo' tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in A. Bernardi, C. Cupelli (curr.), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, Napoli 2017, 97ss.

³⁴ Ruotolo, *L'evoluzione* cit. 650.

impiego di plurime soluzioni alternative, determina la preclusione della possibilità di ricorso alle ‘rime obbligate’.

Nella stessa traiettoria si pone la sentenza della Corte Costituzionale n. 222 del 2018³⁵, in materia di trattamento sanzionatorio, fino a quel momento materia assolutamente ‘riservata’ al legislatore e nella quale la Corte non era mai ‘sconfinata’. Con questa sentenza la Corte, rilevando l’inerzia del legislatore rispetto ad un proprio precedente monito, emette una vera e propria pronuncia ‘sostitutiva’ delle pene accessorie dei delitti di bancarotta, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 216, ult. comma, della legge fallimentare, nella parte in cui dispone che: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni». La ragione della incostituzionalità è stata individuata dalla Corte, dunque, nella fissità e non proporzionalità della pena accessoria la cui durata invece dovrebbe essere stabilita dal giudice.

Rispetto alla questione oggetto del presente contributo, con tale decisione viene in rilievo, in particolare, il dato che la Corte ha avuto cura di specificare di non potersi più ritenere vincolata «come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima»³⁶. Si tratta di una vera ed importante svolta, dovendosi considerare che, su una questione analoga, la Corte era già in precedenza intervenuta con la sentenza n. 134 del 2012³⁷, con cui, la questione di incostituzionalità sollevata era stata invece dichiarata inammissibile proprio sul rilievo dell’assenza di ‘rime obbligate’. La Corte, infatti, coerentemente alla teoria delle ‘rime obbligate’ aveva ritenuto necessario l’intervento del legislatore, cui rivolgeva il monito di «porre mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l’art. 27, terzo comma, Cost.». In definitiva è con tale ‘svolta’ che, come è stato osservato, la Corte supera ora la sua ritrosia ad entrare nel merito di questioni che attengono alla commisurazione della pena, proprio in ragione dell’intollerabile protrarsi dell’inerzia legislativa, nonché della «evoluzione in atto della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di sindacato sulla misura della pena». Tutto ciò in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, «che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l’intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima»³⁸.

³⁵ La questione veniva sollevata con ordinanza del 17 novembre 2017 dalla Corte di Cassazione in riferimento agli artt. 3, 4, 41, 27 e 117, primo comma, della Costituzione, quest’ultimo in relazione agli artt. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU); la sentenza della Corte costituzionale può leggersi in <https://www.cortecostituzionale.it>.

³⁶ Punto 8.1. del ‘Considerato in diritto’.

³⁷ In <https://www.cortecostituzionale.it>.

³⁸ M. Ruotolo, *L’evoluzione* cit. 651.

A tale pronuncia ne fanno seguito altre, tra cui la richiamata sentenza 40/2019 con cui la Corte amplia ulteriormente la propria possibilità di intervento in materia di calibrazione delle sanzioni penali, individuando come limite e condizione della possibilità del proprio intervento sostitutivo la circostanza che il sistema nel suo complesso offra precisi punti di riferimento e soluzioni che possano dirsi già esistenti, ancorché non 'costituzionalmente obbligate'. In questo preciso senso si è espresso il Presidente della Corte Costituzionale Giorgio Lattanzi, sottolineando che «lo spazio di azione della Corte diviene così 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 in ogni caso a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito»³⁹.

Ulteriore notevole sviluppo dell'esercizio della funzione sostitutiva, preceduto da una più 'stringente' forma di esercizio della funzione monitoria, si ha con la sentenza sul c.d. caso Cappato, sulla quale mi soffermerò più avanti.

Una posizione critica rispetto alle recenti prassi della Corte Costituzionale è quella espressa da una parte della dottrina che, nella sua tematizzazione del pericolo di un suprematismo giudiziario come metodo di conoscenza integrale della Costituzione e dello stesso diritto costituzionale, denuncia che «la Corte Costituzionale usa la Costituzione, l'interpretazione costituzionale, la tutela dei diritti allo stesso modo dei chierici: dissimulando, sotto la patina di argomenti giuridici, giudizi di valore, scambiando questioni giuridiche per questioni politiche. Ciò è in contraddizione con l'idea che la Costituzione sia (solo) una norma giuridica e che la Corte Costituzionale sia (solo) un giudice»⁴⁰. Si tratta di una critica alquanto marcata intesa ad evidenziare i pericoli di un 'pangiuridicismo costituzionale' che si concretizzerebbe in una 'giurisprudenza suprematista', che non produce soltanto 'nuovo diritto' ma «avviluppa i problemi costituzionali con la pretesa di depurarli della loro naturale politicità, limitando i poteri costituzionali, specie quelli degli organi elettivi, al di là di quanto il lato politico della Costituzione pare consentire»⁴¹.

In sostanza, a venire in rilievo secondo queste obiezioni, è il rischio di una auto-legittimazione da parte della Corte Costituzionale 'mascherata' dietro lo schermo dell'attuazione delle opzioni costituzionali; si tratta, in sostanza, dell'interrogativo posto dal noto brocardo: *Sed, quis custodiet ipsos custodes?*

A nostro avviso tali tipi di critiche, ancorate alla ipotesi di una non democratica invasione di campo da parte della Corte Costituzionale rispetto alla discrezionalità politica del legislatore, non appaiono convincenti, in quanto rinviano, in ultima istanza, alla irrisolvibile questione del controllo dei custodi, salvo voler innescare un –

³⁹ Si veda la *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018*, Roma 21/03/2019, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁰ A. Morrone, *Suprematismo giudiziario, II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it* (2021) 212.

⁴¹ *Ibidem*, 212.

complicato – processo di regresso all’infinito. A ben vedere tutto rimanda al concetto di obbligatorietà della costituzione che Hans Kelsen ha fondato sull’ipotesi della norma fondamentale; la cui obbligatorietà costituisce necessariamente una aporia. L’obbligatorietà della Costituzione presuppone infatti, kelsenianamente, la legittimità della giustizia costituzionale, garantita da un giudice (nel caso di specie, la Corte Costituzionale) la cui legittimazione non può che essere presupposta, in modo indissociabile dalla previsione di validità ed obbligatorietà giuridica della stessa Costituzione. Non si tratta quindi di auto-legittimazione né, tanto meno, di uno ‘straripamento’ di poteri, bensì di esercizio ordinario della funzione di garanzia della effettività della Costituzione, funzione non confinabile entro la stretta testualità di ‘rime obbligate’ e, in assenza della quale, verrebbe meno l’effettività della Costituzione. In questo senso, la giustizia costituzionale può rinvenire effettività proprio mediante decisioni a ‘rime sciolte’, capaci di tener conto del contenuto politico-giuridico dell’ordinamento costituzionale caratterizzato da una dinamica e continua evoluzione, parallela a quella dei nuovi conflitti sociali, politici ed economico-giuridici propri della nuova realtà giuridica dell’era della globalizzazione⁴². Va da sé che una tale impostazione – trapiantata in ambito penalistico – appare giustificabile alla luce del *favor libertatis* in quanto bene espressamente previsto dall’art. 13 della stessa Carta fondamentale.

6.- Le nuove prassi della Corte Costituzionale.

Per quanto concerne le sentenze di monito va segnalato che la Corte dichiarando inammissibile, respingendo od accogliendo una questione di costituzionalità, all’interno della motivazione enuclea una finalizzazione di tipo consultivo⁴³, mediante raccomandazioni e pareri che fungono da vero e proprio indirizzo nei confronti del Parlamento. Tale valenza ulteriore⁴⁴ si estrinseca con il ricorso allo strumento della ‘sentenza delega’ o sentenze comandamento, per colmare eventuali lacune o questioni di legittimità irrisolte, risolventesi nell’invito al Parlamento a porre in essere una nuova disciplina della materia sottoposta al giudizio ai fini del superamento di lacune e incongruenze e nell’invito ad attenersi ai criteri indicati per l’adozione della nuova disciplina⁴⁵.

⁴² Per ulteriori considerazioni v. *infra* § 10.

⁴³ Un risalente esempio viene evidenziato da A. Mazzini Sandulli, *Aborto: sentenza o parere?*, in *Il Tempo*, 25 Febbraio 1981, in cui è possibile individuare il ruolo ‘consultivo’ posto in essere della Corte Costituzionale in favore del Parlamento.

⁴⁴ Si osservi l’impostazione di Modugno, *La Corte* cit. 527ss.

⁴⁵ Un tale meccanismo si è verificato, ad esempio, in tema di rapporti tra gli artt. 131-*bis* c.p. e 648 c.p. in tema di ricettazione ove la Corte, com’è stato sottolineato da M. Telesca, *Contributo all’analisi dell’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino 2022, 147ss., in un primo momento evidenziava l’asimmetria scalare tra gli estremi del compasso sanzionatorio, giacché mentre il massimo di sei anni, rispetto agli otto anni della fattispecie non attenuata, costituiva una diminuzione particolarmente contenuta (meno di un terzo), al contrario il minimo di quindici giorni, rispetto ai due anni della fattispecie non attenuata, costituiva una diminuzione enorme. Va segnalato, sotto l’aspetto che qui ci occupa, il fatto che la Corte abbia rilevato la manifesta iniquità e irragionevolezza del meccanismo applicativo dell’art. 131-*bis* c.p., in quanto: a) da un lato non consentiva al giudice di applicare la causa di

La Corte, nei casi in cui abbia optato per sentenze di rigetto, ha talvolta adoperato lo strumento della ‘doppia pronuncia’, riservandosi dunque, qualora sussistesse l’inerzia del Parlamento, la facoltà di pronunciarsi in successive decisioni, anche con l’intento di svolgere, soprattutto in determinazioni aventi marcata connotazione politica, una funzione di contemperamento e di ri-equilibrio di dinamiche politiche e sociali⁴⁶.

Sotto un parallelo profilo è possibile cogliere, sulla base dell’impostazione segnata dal Modugno, una sfumatura volta a considerare gli indirizzi della Corte come ‘opera futura del legislatore’ in concomitanza ad un sempre più netto affiancamento della Corte al Parlamento e dunque all’esigenza di portare a termine e risolvere i conflitti e le incertezze sussistenti, nei rispettivi percorsi e nelle rispettive attese, soprattutto con riferimento ai neo-parametri ‘interlocutori’, senza tuttavia dare luogo a perplessità e conflitti qualora emergano posizioni politiche diverse e/o contraddittorie.

Tale modalità di azione della Corte, rispetto alla quale pure viene allarmato un pericolo di ‘slittamenti’ verso forme di autoritarismo, limitativi delle funzioni del Parlamento, non costituisce tuttavia, “tout court”, un’ipotesi di straripamento dei poteri, in quanto si tratta di una tendenza auto-mediata da un interesse di “self-restraint” proprio della Corte e, allo stesso tempo, improntata su un adeguato argine di discrezionalità congiunto a presupposti di ragionevolezza della decisione.

La domanda che potrebbe scaturire è se gli atti di co-legislazione e gli atti di raccomandazione ed indirizzo, talvolta anche di natura politica, operati dalla Corte nei confronti del Parlamento possano essere considerati una forma di controllo di legittimità preventivo, che si aggiunge al controllo di legittimità (successivo) della Corte. Il problema, tuttavia, non appare rilevabile in questo frangente, in quanto è da ritenersi preferibile inquadrare tali atti di co-legislazione nell’ambito di strumenti di ‘consulenza costituzionale’ nei confronti dell’organo legislativo, con la conseguenza che la raccomandazione di un orientamento da parte della Corte non vincola il legislatore nella sua attività. Inoltre, è da considerare come la Corte adotti in maniera ‘non quotidiana’ tali sentenze, in virtù del principio e delle scelte di “self-restraint” che sono risultate

non punibilità della particolare tenuità del fatto proprio a reati, come appunto la ricettazione di lieve entità; invero, lo stesso legislatore, sanzionando con la pena edittale minima di quindici giorni di reclusione, ha evidentemente considerato suscettibili di assumere, in concreto, uno scarsissimo grado di offensività; e b), dall’altro, consentiva viceversa di applicarla a reati, come ad esempio la truffa o il furto, ritenuti, pure nelle loro più lievi forme di manifestazione, di ben maggiore gravità rispetto al primo, in quanto punibili con la pena minima di sei mesi di reclusione. A distanza di solo tre anni la Corte Costituzionale (sent. n. 156/2020, in <https://www.sistemapenale.it>, con nota di I. Giugni, *Da un monito (inascoltato) ad un intervento manipolativo: la Consulta rimedia all’inerzia del legislatore ed amplia l’ambito applicativo dell’art. 131-bis c.p.* (2020) è ritornata sul rapporto tra la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto e la fattispecie di ricettazione di lieve entità, prevista dall’art. 648 co. 2 c.p., pervenendo, questa volta, a conclusioni diverse rispetto alla precedente decisione. Infatti, viene dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 131-bis c.p. nella parte in cui non consente l’applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva. Va posto nel giusto risalto che nonostante il monito della Corte Costituzionale (decisione n. 207/2017) il legislatore, che pure è successivamente intervenuto sull’art. 131-bis c.p. (con il d.l. 53/2019 e con il d.l. 130/2020), si è dimostrato poco propenso ad accoglierne le sollecitazioni.

⁴⁶ Mazzini Sandulli, *Aborto* cit.

stabili, coerenti e bilanciate, creando così un equilibrio lineare e ponderato nel corso degli anni.

Ulteriore considerazione può essere avanzata circa la necessità di uno spazio legislativo⁴⁷ in grado di supportare la cosiddetta teoria della ‘zona franca della giustizia costituzionale’. Si tratta dei casi in cui può emergere l’esigenza di tutela giurisdizionale tuttavia non esperibile a causa di una «zona d’ombra»⁴⁸ che si pone, *secundum legem*, in maniera incompatibile rispetto al raggio di controllo esercitabile dalla Corte. Ciò può verificarsi ad esempio quando la questione di costituzionalità non risulti azionabile attraverso l’ordinario ricorso incidentale⁴⁹, come nelle ipotesi in cui il *petitum* risulta debole, non corroborato da contingenze in atto potenzialmente meritevoli di tutela giurisdizionale e/o disattendenti dei presupposti stessi della tutela invocata; od anche nei casi di carenza di legittimazione, soprattutto quando l’accoglimento della domanda renderebbe necessario un intervento ‘manipolativo’ della Corte⁵⁰.

Nel corso degli anni si è individuata la necessità di uno spazio legislativo⁵¹ che rappresenti appieno tali possibilità e sicuramente è d’uopo considerare anche l’impronta che la Corte ha voluto marcare dinnanzi a quelle che potrebbero essere le problematiche in merito alla cogente necessità di un meccanismo di tutela ‘preventiva’ dei diritti fondamentali⁵², che ha assunto una maggiore importanza in concomitanza alla ‘nuova stagione creativa della Corte Costituzionale’. Rispetto a tale questione pare opportuno rammentare la posizione del Cerri in merito alla ‘scomposizione’ delle competenze del potere di controllo di costituzionalità azionato in via incidentale. L’autore ipotizza un’interessante possibilità di istituzione di una ‘competenza unica’ per rimediare alla possibile divergenza di opinioni circa l’incidentalità della questione sollevata dal giudice *a quo* ed alla conseguente pronuncia della Corte Costituzionale che, come nei casi sopra citati, potrebbe non accogliere tale domanda. In tale prospettiva, si analizza il rischio di dissipazione di garanzie da parte della Corte che potrebbe essere superabile mediante la diretta disapplicazione *incidenter tantum* della disposizione incostituzionale, soprattutto nelle casistiche di azioni di mero accertamento. Inoltre, questa tipologia di problemi viene ad essere evitata qualora nel giudizio *a quo* sussistano già nel *petitum* «i requisiti della legittimazione e dell’interesse, secondo i

⁴⁷ L. Trucco, *Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della Sent. n. 48, 2021)*, in *Consulta Online* 1 (2021) 283 ss.

⁴⁸ In merito alle cd. “zone franche” cfr. P. Zicchittu, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino 2017, 5, definite dall’autore come un «complesso di situazioni normative e fattuali in ordine alle quali non è possibile esercitare alcun controllo di legittimità, poiché la Costituzione o le leggi costituzionali fissano dei limiti di carattere sostanziale che non consentono di pronunciarsi sul merito della controversia».

⁴⁹ Si vedano le considerazioni della Corte Costituzionale elaborate con la sent. n. 240/2021 nel *Considerato in diritto*, al n. 4.2.3.

⁵⁰ Nella sentenza n. 193/2015 (in www.cortecostituzionale.it) la Corte ha deliberato che, in virtù della mancata esplicitazione di determinati effetti, si trattasse di una questione «meramente ipotetica» poiché «nella sua applicazione al caso concreto, la disposizione censurata non ha prodotto alcuno degli effetti incostituzionali paventati dal rimettente».

⁵¹ Trucco, *Diritti politici fondamentali* cit. 283ss.

⁵² C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement costituzional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino, 86.

principi generali»⁵³. Alla luce di tale prospettiva, la possibilità, nel corso di azioni di mero accertamento di contestare direttamente dinanzi al giudice l'incostituzionalità – e dunque l'esercizio da parte del giudice comune di un vero e proprio controllo preventivo⁵⁴ – appare in maniera auto-evidente lontana rispetto alla strutturazione sostanziale del “law-system” italiano, ma soprattutto alle evidenti problematiche e complicazioni di armonizzazione intra-ordinamentale oltre che di carattere endo-giurisdizionale che, in prospettiva, potrebbero sorgere non nel caso concreto, ma derivare e, di conseguenza, riemergere nella prospettiva del “long-term”, condizionando gli indirizzi di giustizia costituzionale con valutazioni che sono, invece, oggetto di un avanzato (e non sommario) riscontro particolarmente tecnico da parte della Corte Costituzionale.

7.- L'esempio della ‘sentenza Cappato’.

Nell'ambito delle nuove prassi e prospettive assunte dai giudici costituzionali un ruolo esemplificativo assume l'ordinanza n. 207/2018⁵⁵, successivamente confermata con la sentenza 25 Settembre - 22 novembre 2019, n. 242⁵⁶. Le osservazioni che di seguito saranno svolte non attengono all'intera questione ma si riferiscono al più limitato contesto in esame⁵⁷.

La Corte, è noto, si è pronunciata sull'eccezione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. sollevata nel corso del c.d. ‘processo Cappato’ dalla Corte di Assise di Milano con l'intento di risolvere il contrasto tra l'assoluta libertà di “self-determination” individuale e le esigenze di protezione dei soggetti più deboli⁵⁸.

⁵³ A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 152ss.: «i requisiti della legittimazione e dell'interesse, secondo i principi generali: tanto sembra necessario e sufficiente ad evitare questioni di costituzionalità proposte sostanzialmente in via principale; perché ciò postula, appunto, la difesa di un “bene della vita” correttamente riferibile, secondo il sistema, al soggetto che lo pretende».

⁵⁴ In riferimento al tema del mero accertamento ‘preventivo’ cfr. E. Merlin, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio: casi e riflessioni*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, II ed., Padova 1997, 473ss., si v. anche A. A. Romano, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006, 268ss.

⁵⁵ L'ordinanza di remissione da parte della Corte territoriale di Milano, del 14 febbraio 2018, n. 43 può leggersi in *Gazz. Uff.* n. 11, 2018.

⁵⁶ In <https://cortecostituzionale.it>.

⁵⁷ Per un compiuto inquadramento delle diverse problematiche sottese alla questione sottoposta alla Corte Costituzionale cfr. le ampie osservazioni svolte da M. Donini, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in <https://www.sistemapenale.it> (2020).

⁵⁸ La questione posta alla Corte è stata oggetto di molteplici contributi; senza pretese di completezza cfr. P. Carnevale, *Incappare... in Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018*, in *Consulta Online* 2 (2019) 1ss.; Id., *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it (2019) 1ss.; C. Cupelli, *Il caso Cappato e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Notizie di Politeia* (2019) 133ss.; Id., *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Cass. pen.* 2 (2019) 533ss.; Id., *Corte costituzionale e discrezionalità legislativa in materia penale. Spunti e prospettive nella Relazione del Presidente sulla giurisprudenza del 2018*, ivi 7 (2019) 2748ss.; F. S. Marini, C. Cupelli (curr.), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli 2019; C. Salazar, «Morire sì,

La pronuncia appena richiamata rappresenta una delle decisioni che hanno sicuramente scandito l'anticipato fenomeno di 'potenziale straripamento' dalle rime obbligate e, in particolar modo, rafforzato il rapporto interlocutorio e di 'dialogo' tra gli organi del Parlamento e la Corte.

Il 'caso Cappato' è paradigmatico di una situazione che potrebbe replicarsi anche in successive ipotesi avvinte dallo stesso fil rouge della tutela o dell'estensione dei diritti individuali ed inalienabili talora non espressamente sanciti⁵⁹. Casi, cioè, ove l'esigenza di protezione giuridica assume *prima facie* un ruolo non marginale o residuale, imponendo risposte immediate e, per alcuni versi, richiedendo un ruolo sempre più 'creativo' della Corte Costituzionale, soprattutto qualora i soggetti destinatari delle decisioni siano persone fragili e, in quanto tali, meritevoli di una più accentuata tutela, comunque rinvenibile nella Carta Costituzionale.

I presupposti alla base dell'intervento della Consulta vanno rinvenuti nell'atavico ritardo del legislatore nell'affrontare questioni alquanto articolate, con il risultato che l'inefficienza, la lentezza e il *décalage* qualitativo di capacità di intervento del

non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, in Quad. cost. 3 (2019) 567ss.; E. Grosso, Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?, ivi 3 (2019) 531ss.; A. Anzon, Un nuovo tipo di decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, in Giur. cost. 6 (2018) 2459ss.; C. Tripodina, Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018, in Giur. cost. (2018) 2476ss.; G. Repetto, Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità, ivi (2018) 2487ss.; V. Marcenò, L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare, ivi 2 (2019) 1217ss.; R. Pinardi, Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria), ivi (2018) 2465ss.; M. Massa, Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura, ivi 4 (2018) 1323ss.; F. Consulich, Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio, in Riv. it. dir. proc. pen. 1 (2019) 120ss.; G. Leo, Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio, ivi 1 (2019) 241ss.; N. Fiano, L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?, ivi 1 (2019) 277ss.; M. Cecchetti, Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul "caso Cappato", in federalismi.it 17 (2019) 1ss.; M. Picchi, Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento, in Oss. Fonti (2018) 1ss.; M. Ronco (cur.), Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?, Torino 2019; P. Bilancia, Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita, in federalismi.it 5 (2019) 1ss.; G. Razzano, Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento, in Dirittifondamentali.it 2 (2019) 1ss.; U. Adamo, In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare, in Diritticomparati.it (2018) 1ss.; A. Morrone (cur.), Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale (testi provvisori delle relazioni orali al seminario di Bologna, 12 ottobre 2018), in Forum Quad. cost. 10 (2018) 1ss.; M. Bignami, Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita, in Quest. giust. (2018); P. Veronesi, La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul caso Cappato, in BioLaw Journal 1 (2020) 5ss.; S. Talini, Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo: considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul "caso Cappato", in Costituzionalismo.it 2 (2019) 1ss.

⁵⁹ Più in generale sul tema cfr. F. Viganò, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in *Sist. pen. consultabile sul sito <https://sistemapenale.it>* (2023).

Parlamento finiscono con il ricadere sul singolo⁶⁰. Il legislatore, rispetto alla vicenda in commento, oltre ad essere stato disattento, non ha recepito gli indirizzi e le sollecitazioni della Corte⁶¹. Tant'è che l'incostituzionalità della norma, pur riconosciuta, non è stata dichiarata immediatamente dalla Corte, che ha optato per il rinvio della decisione ad una successiva udienza fissata a quasi un anno di distanza dalla prima, in modo da consentire al legislatore di intervenire per sanare il *vulnus* di costituzionalità e, al contempo, garantire un'efficace e ponderato bilanciamento tra i vari interessi in gioco⁶².

La Corte d'Assise di Milano, investita della causa, all'esito della camera di consiglio riteneva di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.; in particolare, la corte milanese ha sollevato la questione della illegittimità della fattispecie di istigazione o aiuto al suicidio «nella parte in cui incrimina le condotte di aiuto al suicidio a prescindere dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidiario, ritenendo tale incriminazione in contrasto e violazione dei principi sanciti agli artt. 3, 13, II comma, 25, II comma, 27, III comma della Costituzione, che individuano la ragionevolezza della sanzione penale in funzione dell'offensività della condotta accertata. Infatti deve ritenersi che in forza dei principi costituzionali dettati agli artt. 2, 13, I comma della Costituzione, all'art. 117 della Costituzione e con riferimento agli artt. 2 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, all'individuo sia riconosciuta la libertà di decidere quando e come morire e che di conseguenza solo le azioni che pregiudichino la libertà della sua decisione possano costituire offesa al bene tutelato dalla norma in esame».

All'esito del giudizio, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 242/2029, decorso inutilmente il termine di circa un anno dato al Parlamento con l'ordinanza n. 207/2018 per legiferare sul punto, ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219/2017 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – agevola l'esecuzione del proposito di

⁶⁰ Sulla necessità di regolamentazione normativa del 'fine vita', tra i tanti, cfr. A. Patanè, *Sentenza Cappato-Antoniani e diritto alla vita: un "testamento costituzionale" al legislatore che non ha ancora trovato un esecutore*, in *federalismi.it* 36 (2020) 92ss.

⁶¹ Il caso oggetto delle attenzioni della Corte è noto ma non appare superfluo in questa sede ribadire alcuni passaggi; si tratta della vicenda che ha avuto come protagonista Fabiano Antoniani il quale decise di avvalersi del suicidio assistito, poi eseguito in Svizzera, al seguito di un incidente stradale che lo aveva reso tetraplegico, cieco e gli aveva comportato severi danni fisici e sofferenze permanenti tali da limitare anche la sue capacità di autonomia nell'alimentazione e di respirazione; una situazione dunque che aveva minato in modo drastico la sua indipendenza e libertà. Marco Cappato (tesoriere dell'associazione Luca Coscioni), veniva sottoposto a processo per aver rafforzato il proposito suicidiario ed «imputato del reato p. e p. dall'art. 580 c.p. per aver rafforzato il proposito suicidiario di Antoniani Fabiano (detto Fabo), affetto da tetraplegia e cecità a seguito di incidente stradale avvenuto il 13 giugno 2014, prospettandogli la possibilità di ottenere assistenza al suicidio presso la sede dell'associazione Dignitas, a Plaffikon in Svizzera, e attivandosi per mettere in contatto i familiari di Antoniani con la Dignitas fornendo loro materiale informativo; inoltre, per aver agevolato il suicidio dell'Antoniani, trasportandolo in auto presso la Dignitas in data 25 febbraio 2017, dove il suicidio si verificava il 27 febbraio 2017».

⁶² Cfr. P. Bernardoni, *Ancora sul caso Cappato: qualche considerazione sulla "non punibilità" dell'aiuto al suicidio introdotta dalla Corte costituzionale*, in <https://sistemapenale.it> (2020).

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 fisiche 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».

La sentenza segna una svolta fondamentale sotto plurimi profili, relativi a poteri di intervento della Corte, oltre che al merito della decisione innovativa rispetto alla questione trattata.

Innanzitutto, la Corte premette (punto 2.4. della sentenza) che, pur avendo già rilevato con l'ordinanza n. 207/2018 un *vulnus* dei diritti fondamentali all'autodeterminazione del paziente, derivante dall'attuale disposizione dell'art. 580 c.p., non ha ritenuto tuttavia di poter procedere con una sentenza di tipo meramente 'ablattivo', in quanto una tale soluzione avrebbe generato il pericolo di lesione di altri valori costituzionalmente protetti, lasciando «del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi (...) In assenza di una specifica disciplina della materia, infatti, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo ex ante sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti». Conseguenze, quelle ora indicate, delle quali questa Corte non può non farsi carico» (ordinanza n. 207 del 2018)».

In definitiva, ritiene la Corte, che spetti al legislatore intervenire per disciplinare, ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, «la disciplina del relativo "processo medicalizzato", l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura (...) Si cadrebbe, altrimenti, nel paradosso di non punire l'aiuto al suicidio senza avere prima assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative».

Alla luce di tali premesse e considerata l'inopportunità di risolvere la questione con una mera dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. – che invece avrebbe generato una vera e propria 'voragine normativa' – la Corte ha, pertanto, motivato la scelta di non ricorrere, in questo caso, ad una sentenza di tipo 'monitorio', in quanto soluzione non percorribile considerato che (punto 2.5. della sentenza) la ricordata tecnica decisoria ha l'effetto di lasciare in vita (e, dunque, esposta ad ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile) la normativa non conforme a Costituzione; ciò in quanto la eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone 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 non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti» (ordinanza n. 207 del 2018).

Rilevata, quindi, attraverso una specifica motivazione la non percorribilità sia della sentenza meramente ablativa che di quella di ‘monito’, la Corte ha così coniato una diversa ed innovativa soluzione, capace di garantire la fissazione di un termine certo entro cui il legislatore potesse intervenire – evitando la pronuncia di censura del Giudice delle leggi – e, al tempo stesso, capace di evitare che si rendesse necessario una nuova questione di legittimità costituzionale, così come sarebbe accaduto con una pronuncia ‘monito’⁶³.

In conclusione, la Corte, facendo leva sui «propri poteri di gestione del processo costituzionale», ha fissato una nuova udienza di trattazione delle questioni – a undici mesi di distanza (segnatamente, al 24 settembre 2019) – all’esito della quale avrebbe potuto essere valutata l’eventuale sopravvenienza di una legge regolatrice della materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela.

La soluzione risulta ‘creativa’ ma ineccepibile sul piano dei principi, in quanto la Corte si è limitata a fissare una nuova udienza, nell’ambito del medesimo procedimento, lasciando al legislatore la possibilità di assumere le necessarie decisioni secondo la propria discrezionalità. In questo modo, nel manifestare la propria intenzione di rispettare e non invadere le competenze del legislatore, la Corte ha soprattutto evitato che, nel frattempo, la norma potesse trovare applicazione in quanto, con il rinvio della propria udienza, l’effetto è stato anche quello di sospendere il giudizio *a quo* pendente innanzi la Corte di Assise di Milano.

Tuttavia, nel periodo di tempo assegnato il legislatore è rimasto inerte e, pertanto, avendone preso atto ed avendo inoltre constatato che non risultavano iniziative legislative sul punto – i progetti di legge presentati in materia, infatti, erano rimasti tutti senza seguito – la Consulta ha evidenziato che «non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato con l’ordinanza n. 207 del 2018»⁶⁴.

Si tratta a ben vedere di un passaggio molto significativo, in quanto segna, per la prima volta, in una tassonomia costituzionale il rapporto tra legislatore ‘silente’ e Corte costituzionale; viene in tal modo affermato un principio secondo cui: «Decorso un congruo periodo di tempo, l’esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità».

⁶³ I. Roberti, *Il monito della Corte costituzionale ed il termine di scadenza per il seguito parlamentare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in *federalismi.it*. 13 (2019) 4, secondo cui con l’ordinanza n. 207 del 2018, la Corte Costituzionale adotta una decisione di inammissibilità di natura ‘interlocutoria’, perché si rivolge direttamente al legislatore affinché quest’ultimo intervenga a colmare la lacuna normativa riscontrabile nel caso de quo. Più precisamente, la Corte specifica che entro un anno di tempo procederà nuovamente alla trattazione della questione alla luce dell’eventuale intervento del legislatore.

⁶⁴ La Corte richiama alcuni suoi specifici precedenti, per ribadire che «posta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio». Sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015. Sottolineando che, come già rilevato con la sentenza n. 99/2019: «Occorre, infatti, evitare che l’ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l’esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore».

La priorità, dunque, non può che essere quella della garanzia ed attuazione dei precetti costituzionali, mediante l'eliminazione di qualsivoglia *vulnus*, senza poter attendere *sine die* l'intervento del legislatore.

La Corte, su questo punto rimarca come la soluzione adottata nel caso in esame, ovvero il rinvio disposto all'esito della precedente udienza risponda, seppure 'con diversa tecnica', alla stessa logica che ispira il collaudato meccanismo della 'doppia pronuncia' (sentenza di inammissibilità 'con monito' seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità).

Ma la sentenza affronta e, risolve, anche un'ulteriore questione nevralgica relativa al limite dei poteri della Corte Costituzionale. Nella giurisprudenza più risalente della Consulta, infatti, viene già affermato che «non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti»⁶⁵. Tuttavia, osserva la Corte, «Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando 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»⁶⁶.

Anche in questo passaggio la Corte opera un vero e proprio aggiornamento della 'mappa geografica' dei confini tra le proprie competenze e quelle del Parlamento. Oltre a poter intervenire nel caso in cui la propria decisione possa produrre un vuoto normativo reale o apparente, la Corte deve intervenire anche, non limitandosi ad un annullamento 'secco', per colmare tali lacune, almeno fino a quando sulla materia non intervenga il Parlamento.

8.- La decisione in tema di ergastolo ostativo.

Altra decisione che ha generato un forte impatto sul dibattito scientifico si è avuta in tema di ergastolo ostativo; anche in questo caso soffermerò l'attenzione solo sugli aspetti pertinenti al *modus operandi* tenuto dai giudici costituzionali tralasciando i diversi aspetti sottesi al sistema sanzionatorio e, nel caso specifico, alla pena dell'ergastolo (funzione della pena, profili politico-criminali, esigenze di collaborazione processuale, ecc.).

Con l'ordinanza n. 227/2022 in tema di ergastolo ostativo⁶⁷, la Corte Costituzionale ha restituito gli atti al giudice *a quo*, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 162/2022, che

⁶⁵ Corte Cost., 29/11/1958, n. 288, in <https://cortecostituzionale.it>.

⁶⁶ La Sentenza richiama in questo preciso senso le sentenze, di poco precedenti, 23/01/2019, n. 40; 25/09/2018, nn. 233 e 222 e 21/09/2016, n. 236

⁶⁷ In <https://cortecostituzionale.it>.

disciplina alcune misure e, in particolare, il divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia⁶⁸. Secondo la Corte Costituzionale è competenza della Cassazione valutare gli effetti della nuova normativa sulla rilevanza delle questioni sollevate, nonché procedere a una nuova valutazione della loro non manifesta infondatezza.

Con il provvedimento n. 207/2018, la Corte Costituzionale – come già evidenziato – ha introdotto una nuova modalità di intervento decisionale⁶⁹ mediante l'impiego della tecnica consistente nel disporre con ordinanza il rinvio⁷⁰, a data fissa, della decisione definitiva di una questione ma, al tempo stesso, anticipando in linea generale i contenuti di questa decisione, tendenzialmente nel senso dell'accoglimento⁷¹. In questo modo la Corte invita il Parlamento ad intervenire, entro il termine del rinvio, sulla situazione normativa in esame e sui problemi costituzionali posti dalla stessa⁷².

A differenza delle sentenze 'monito', come si è accennato in precedenza, con il rinvio dell'udienza il procedimento rimane sospeso, così come il giudizio *a quo*, abbreviandosi anche i maggiori tempi che occorrerebbero in attesa di una necessaria riproposizione in via incidentale della medesima questione di incostituzionalità. Con la sentenza 'monito', infatti, il giudizio risulta concluso ed occorrerebbe che la questione fosse – eventualmente – sollevata di nuovo in via incidentale in un diverso giudizio.

A distanza di appena tre anni la questione si è riproposta in altri due casi (ordinanza 9-26 giugno 2020, n. 132 e ordinanza n. 97 del 2021) per cui può dirsi che, almeno sul piano della innovazione della prassi processuale, la Corte facendo «leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»⁷³ ha, di fatto, ovviato anche al problema di legittimare la propria posizione di assegnare un termine al Parlamento entro cui intervenire con una nuova legge, potendosi configurare in questo caso una ipotesi di etero-regolamentazione se non addirittura limitazione dei poteri dell'organo legislativo da parte della Corte. L'ordinanza di rinvio dell'udienza, invece, si pone quale soluzione

⁶⁸ Per un quadro d'insieme che ha portato la vicenda al giudizio della Corte si veda in proposito G. Riccardi, P. Gaeta, *Ergastolo ostativo: la requisitoria del Procuratore Generale della Cassazione in vista dell'udienza a valle della restituzione degli atti disposta dalla Corte cost.*, 9/03/2023, n. 227/2022, in *Sist. pen.* consultabile sul sito <https://sistemapenale.it>.

⁶⁹ Nella stessa tecnica del rinvio si pone l'ordinanza 9-26 giugno 2020, n. 132, a cui ha fatto seguito la sentenza 22 giugno-12 luglio 2021, n. 150, in materia di diffamazione a mezzo stampa, tutte consultabili su <https://cortecostituzionale.it>. Sulla dimensione innovativa di tali ordinanze si veda E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.* (2019) 531ss.; M. Ruotolo, *L'evoluzione cit.* 644ss.

⁷⁰ Non sono mancate voci che hanno evidenziato una sorta di 'effervescenza processuale' che si vive da alcuni anni a Palazzo della Consulta, cfr. D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, 24ss.

⁷¹ Incostituzionalità «prospettata» è l'espressione coniata dagli stessi Presidenti della Corte Costituzionale; si veda in proposito, G. Coraggio, *L'attività della Corte costituzionale nel 2020* (Relazione del Presidente, 13 maggio 2021). L'espressione era stata già utilizzata dal Presidente Lattanzi.

⁷² Evidenzia E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.* consultabile sul sito <https://sistemapenale.it>. (2021), come la Corte in tal modo sia rimasta all'interno del perimetro delle sue competenze istituzionali, senza invadere un terreno proprio, in via esclusiva, del Legislatore.

⁷³ Il riferimento all'impiego dei propri poteri di gestione processuale per motivare il rinvio dell'udienza è nella sentenza n. 242/2019.

pragmatica che, solo di fatto comporta anche un sollecito al legislativo ad intervenire in tempi brevi.

Non si tratta tuttavia nei casi esaminati di un mero espediente processuale utilizzato in una sorta di ‘prova di forza’ con il Parlamento. Le questioni sottoposte alla Corte attengono a fatti di estrema urgenza (come, ad esempio, nel richiamato ‘caso Cappato’) ove insiste la necessità e l’obbligo costituzionalmente previsto di assicurare la tutela dei diritti in ambiti non adeguatamente garantiti dalla vigente disciplina legislativa⁷⁴.

Passando all’esame del merito dell’ordinanza n. 97/2021⁷⁵, le questioni sollevate innanzi alla Consulta riguardano specificamente la legittimità costituzionale della disciplina relativa al cosiddetto ergastolo ostativo, sulla cui compatibilità con la CEDU la Corte di Strasburgo si è già soffermata, a partire dalla sentenza della Grande Camera 12 febbraio 2008 (Kafkaris contro Cipro) fino alla recente sentenza Viola contro Italia del 2019. La Corte sovranazionale ha affermato che la compatibilità delle previsioni di una pena perpetua con la CEDU, ed in particolare con l’art. 3 della stessa – che vieta di sottoporre chiunque «a tortura» od a «pene o trattamenti inumani o degradanti» – è subordinata alla sussistenza di determinate condizioni e, specificamente, che siano previsti in astratto e che risultino realisticamente applicabili in concreto, strumenti giuridici utili a interrompere la detenzione e a re-immettere i condannati meritevoli nella società. In assenza di tali strumenti la Corte di Strasburgo ritiene che anche l’astratta comminatoria della pena perpetua, di per sé non lesiva della dignità della persona, finisca con costituire un trattamento degradante oltre che eventualmente inumano.

Nel caso specifico la Corte di Cassazione ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 27, terzo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 4-*bis*, co. 1, e 58-*ter* della l. n. 354/1975, nonché dell’art. 2 del d.l. n. 152/1991, convertito, con modificazioni, nella l. n. 2023/1991, nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* del codice penale, ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia.

In particolare, il giudice *a quo* premette che la disciplina restrittiva per l’accesso ai benefici penitenziari, prevista all’art. 4-*bis* ordin. penit., si estende, per effetto dell’art. 2 del d.l. n. 152/1991, anche al regime della liberazione condizionale. In virtù di tale complesso normativo, la richiesta di accedere alla liberazione condizionale, se presentata da condannati per i delitti compresi nel comma 1 dell’art. 4-*bis*, può essere valutata nel merito solo laddove essi abbiano collaborato con la giustizia, oppure nei casi di accertata impossibilità o inesigibilità della collaborazione medesima.

Nella vicenda sottoposta al giudizio della Cassazione il Tribunale di sorveglianza, stante la mancanza di tale ultima condizione, non avendo il detenuto collaborato con la giustizia, aveva ommesso l’esame di merito della domanda di liberazione condizionale presentata da quest’ultimo, sia riguardo al superamento della soglia minima della pena già scontata, sia in relazione al «sicuro ravvedimento» del condannato. La Corte di

⁷⁴ Cfr. G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.* 4 (2020) 24ss.

⁷⁵ Il testo dell’ordinanza può leggersi in <https://www.cortecostituzionale.it>.

Cassazione rilevando che, il detenuto aveva già scontato oltre ventisei anni di reclusione e ricorrendo elementi sintomatici del suo possibile ravvedimento, ha ritenuto chiara la rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale, volte a superare l'effetto preclusivo assoluto della mancata collaborazione. Quanto alla non manifesta infondatezza, la Corte regolatrice ha osservato che, in tanto la disciplina dell'ergastolo si mantiene compatibile con la Costituzione, in quanto ai condannati alla pena perpetua sia concessa proprio la possibilità di ottenere il beneficio della liberazione condizionale, anche attraverso il computo dei periodi di liberazione anticipata.

Il giudice *a quo* non ha lesinato richiami anche alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – sul piano della compatibilità dell'ergastolo con il divieto di trattamenti disumani o degradanti – che ha valorizzato l'esistenza di strumenti per la cessazione di una pena originariamente inflitta per la vita intera, in presenza di significativi progressi nel trattamento penitenziario. Alla luce di tale giurisprudenza, secondo il giudice rimettente, dovrebbe perciò considerarsi «inumano e degradante» un trattamento fondato sulla reclusione a vita, in assenza di qualunque possibilità per il condannato di lasciare il carcere, una volta conseguito l'obiettivo della rieducazione. Il regime normativo censurato comprimerebbe in misura intollerabile la funzione rieducativa della pena, in contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost.⁷⁶

Viene, così, sottoposta a verifica di legittimità costituzionale la disciplina che non consente di concedere lo specifico beneficio della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo, per delitti posti in essere nel 'contesto' mafioso, che non collabora utilmente con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni di carcere.

Infatti, l'ordinanza di rimessione della Corte di legittimità censura le norme appena richiamate in quanto introducono a carico del condannato per siffatti reati 'ostativi', che non collabora utilmente con la giustizia, una presunzione di mancata rescissione dei legami con la criminalità organizzata. In virtù di tale presunzione, assoluta in quanto non superabile se non per effetto della stessa collaborazione, il complesso normativo censurato comporta che le richieste del detenuto di accedere alla liberazione condizionale siano dichiarate *in limine* inammissibili, senza poter essere oggetto di un vaglio in concreto da parte del giudice di sorveglianza. Per il condannato all'ergastolo non collaborante, la pena perpetua *de iure* si trasformerebbe, così, in una pena perpetua anche *de facto*.

Nella motivazione dell'ordinanza in commento, al punto 3, la Corte premette una ricostruzione dell'evoluzione legislativa e della stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale attraverso cui, nell'orientare in favore della compatibilità della pena dell'ergastolo di cui all'art. 22 c.p. con il principio costituzionale di risocializzazione, sono state introdotte le nuove disposizioni che, in progresso di tempo, hanno consentito

⁷⁶ L'ordinanza di rimessione censura non solo la disciplina 'ostativa' contenuta nell'art. 4-bis, co. 1, ord. pen. ma (oltre alla previsione del successivo art. 58-ter) anche, in particolare, il contenuto dell'art. 2 del d.l. n. 152 del 1991. Quest'ultima disposizione, al co. 1, afferma che i condannati per delitti indicati nel citato art. 4-bis possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo se ricorrono i presupposti che lo stesso articolo prevede, a seconda delle fattispecie delittuose, per la concessione degli altri benefici penitenziari. Il regime restrittivo per l'accesso ai benefici penitenziari, previsto all'art. 4-bis ord. pen., si estende così, appunto per effetto dell'art. 2 del d.l. 152 del 1991, anche al regime della liberazione condizionale.

al condannato a tale pena di accedere alla liberazione condizionale⁷⁷. Questa evoluzione, rappresenta la Corte nella motivazione dell'ordinanza, con l'estensione ai condannati all'ergastolo della possibilità di accesso alla liberazione condizionale, ha accentuato il proprio ruolo di fattore di riequilibrio nella tensione tra il corredo genetico dell'ergastolo (il suo essere una pena senza fine), da una parte, e l'obiettivo costituzionale della risocializzazione di ogni condannato, dall'altra⁷⁸.

Richiamata la parallela e convergente evoluzione dell'orientamento in tema di ergastolo ostativo nelle sentenze della Corte EDU, la Corte tematizza la questione in questi termini: «La presunzione di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso che non collabora con la giustizia non è, di per sé, in tensione con i parametri costituzionali evocati dal rimettente. Non è affatto irragionevole (...), presumere che costui mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza. Ma, appunto, tale tensione si evidenzia laddove sia stabilito che la collaborazione sia l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla valutazione da cui dipende, decisamente, la sua restituzione alla libertà. Anche in tal caso, è insomma necessario che la presunzione in esame diventi relativa e possa essere vinta da prova contraria, valutabile dal tribunale di sorveglianza»⁷⁹. Dunque, la presunzione di pericolosità è inammissibile costituzionalmente quale presunzione assoluta, non ammettendosi prova dell'intervenuto ravvedimento del condannato diversa dalla collaborazione attiva. Tale presunzione può ammettersi per la Corte solo in termini di presunzione relativa.

Ricostruito in siffatti termini il *thema decidendum*, la Corte, anche in questo caso, come aveva fatto con la precedente sentenza 'Cappato' evidenzia (e, quindi, giustifica) la necessità di dover riservarsi – per il caso di perdurante inerzia del legislatore – un intervento di tipo 'innovativo-creativo', considerato che in tali condizioni, «un

⁷⁷ Con la l. 1634/1962 (recante *Modificazioni alle norme del Codice penale relative all'ergastolo e alla liberazione condizionale*), venne stabilito che la liberazione condizionale potesse essere accordata anche al condannato all'ergastolo, nel concorso di ulteriori presupposti, dopo che egli avesse «effettivamente scontato almeno ventotto anni di pena». La sentenza della Corte cost. n.264/1974 aveva quindi risolto nel senso della non fondatezza la questione della compatibilità tra l'art. 22 c. p. e l'art. 27, terzo comma, Cost., anche attraverso un riferimento alla possibilità di accedere alla liberazione condizionale, ormai riconosciuta al condannato pur nel caso in cui risultasse privo dei mezzi utili all'adempimento delle obbligazioni nascenti da reato. Successivamente, con la sentenza n. 274 del 1983 la Consulta estendeva il beneficio della liberazione anticipata anche ai condannati all'ergastolo, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 54 ord. pen. nella parte in cui non prevedeva, ai soli fini della maturazione della soglia di pena che consente la richiesta di liberazione condizionale, la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo le detrazioni di pena previste da quella norma. A seguito di tale pronuncia, l'art. 28 l. 663/1986 (concernente *Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*) modificava l'art. 176, terzo comma, c.p., riducendo a ventisei anni la soglia minima di pena eseguita a carico del condannato prima del suo potenziale accesso alla liberazione condizionale, ed eliminando il riferimento al carattere "effettivo" dell'esecuzione. Inoltre, al fine di superare ogni residua controversia sulla rilevanza dei periodi di liberazione anticipata nel computo della pena da scontare prima della richiesta di liberazione condizionale, il legislatore modificava anche l'ultimo comma dell'art. 54 ord. pen., specificando che la regola di equivalenza alla esecuzione effettiva si applica anche ai condannati all'ergastolo.

⁷⁸ Punto n. 3 dell'ordinanza 97/2021 cit.

⁷⁹ Ordinanza 97/2021, Punto n. 7.

intervento meramente “demolitorio” di questa Corte potrebbe mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa.»⁸⁰.

Dopo aver ricordato le ragioni che non rendono opportuno un intervento di tipo ‘demolitorio’ la Corte tiene a precisare come la soluzione della questione in esame concerna tipiche scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti e che eccedono perciò i poteri dei giudici costituzionali. Tali scelte appartengono, nel *quomodo*, alla discrezionalità legislativa, e possono accompagnare l’eliminazione della collaborazione quale unico strumento per accedere alla liberazione condizionale.

Si tratta di un passaggio significativo perché segna – riteniamo – un mutamento ovvero un affievolimento, di accento rispetto alla posizione che la Consulta ha espresso con la precedente sentenza 242/2019 in relazione ai propri poteri di intervento. Nel caso in esame la Corte, infatti, opera un espresso riferimento alla categoria delle scelte di politica criminale non costituzionalmente vincolate nei contenuti, utilizzando tale categoria quale limite al proprio intervento che invece, ora, la Corte sembrerebbe intendere doversi limitare all’ambito di contenuto costituzionalmente vincolato.

In sintesi: la questione sottesa è quella di stabilire se l’ergastolo ostativo, applicato ai detenuti non collaboranti, sia o meno compatibile con la funzione di risocializzazione del condannato, funzione che costituisce il criterio di legittimazione costituzionale della pena ex art. 27 Cost.

Rispetto al carattere ‘ultimo’ di una tale questione risulta, per alcuni versi, poco comprensibile l’assunto della Corte secondo cui, l’esame della stessa, eccederebbe i suoi poteri. La Corte ribadisce, in conclusione dell’ordinanza in esame che: «Spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte».

Ora, se da una parte questa decisione potrebbe leggersi come orientata ad una scelta di ‘autoconfinamento’ entro gli ambiti decisionali delle scelte ‘costituzionalmente vincolate nei contenuti’ e, quindi, come un ‘passo indietro’ rispetto alla sentenza Cappato, tuttavia la circostanza che il legislatore, a seguito dell’invito della Corte sia

⁸⁰ Ordinanza 97/2021, Punto n. 8: da questo punto di vista, potrebbe, ad esempio, risultare incongrua, se compiuta con i limitati strumenti a disposizione del giudice costituzionale, l’equiparazione, per le condizioni di accesso alla libertà condizionale, tra il condannato all’ergastolo per delitti connessi alla criminalità organizzata, che non abbia collaborato con la giustizia, e gli ergastolani per delitti di contesto mafioso collaboranti. Come si è detto, la mancata collaborazione, se non può essere condizione ostativa assoluta, è comunque non irragionevole fondamento di una presunzione di pericolosità specifica. Appartiene perciò alla discrezionalità legislativa, e non già alla Corte, decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani, a integrazione della valutazione sul suo sicuro ravvedimento ex art. 176 c.p.: scelte fra le quali potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l’introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione.

intervenuto – e nei tempi fissati dall’ordinanza di rinvio dell’udienza – con una nuova disciplina, evidenzia una rinnovata efficacia della funzione monitoria della Corte.

Invero, dopo due rinvii disposti per concedere al legislatore il tempo necessario al fine di intervenire sulla materia (ordinanze n. 97/2021⁸¹ e n. 122/2022⁸²), la Corte Costituzionale ha nuovamente esaminato le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di Cassazione nella parte in cui le vigenti disposizioni non consentono al condannato all’ergastolo per delitti di contesto mafioso, che non abbia utilmente collaborato con la giustizia, di essere ammesso al beneficio della liberazione condizionale, pur dopo aver scontato la quota di pena prevista e pur risultando elementi sintomatici del suo ravvedimento. La Corte quindi prendendo atto dell’entrata in vigore del d.l. 162/2022, che contiene, fra l’altro, misure urgenti nel comparto oggetto di valutazione del giudizio di legittimità costituzionale e, in base alla nuova disciplina, i condannati all’ergastolo che non collaborano con la giustizia sono ammessi a chiedere i benefici, sebbene in presenza di nuove, stringenti e concomitanti condizioni, diversificate a seconda dei reati che vengono in rilievo.

⁸¹ Secondo O. Sferlazza, *Riflessioni a margine della ordinanza della Corte Costituzionale n.97/2021 sull’ergastolo ostativo: molti dubbi e poche certezze*, in *Quest. giust.* (2021) la Corte Costituzionale, con ordinanza n.97/2021 pur lasciando ragionevolmente presagire una delibazione incidentale adesiva alla tesi della incostituzionalità della norma citata, prospettata dalla Corte di Cassazione con l’ordinanza di rimessione del 3/6/2020, depositata il 18/6/ 2020, ha tuttavia fissato un congruo termine dilatorio per la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Suprema Corte sul rilievo che «Un accoglimento immediato delle questioni proposte, in definitiva, comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame» e che pertanto «esigenze di collaborazione istituzionale impongono a questa Corte di disporre, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale, il rinvio del giudizio in corso e di fissare una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale in esame all’udienza del 10 maggio 2022, dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia». L’ordinanza è stato oggetto di molteplici contributi scientifici, tra cui M. Mengozzi, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull’ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*; H. J. Woodcock, *Un giudizio sull’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale che mette in luce, oltre ai profili positivi, alcuni rischi. Uno più di tutti: quello di far rientrare dalla finestra ciò che è uscito dalla porta*; F. Gianfilippo, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all’ordinanza 97/2021*; D. Mauri, *La prevista censura dell’ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto, «un invito al legislatore»*; D. Galliani, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull’ergastolo ostativo*; F. Perchinunno, *Prime riflessioni sull’ordinanza n.97/2021 della Corte costituzionale*; A. De Lia, *Ergastolo ostativo alla liberazione condizionale: inesigibilità della collaborazione e destino di uno dei baluardi del “Feindstrafrecht”*; M. Ruotolo, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell’ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*; M. Massa, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell’ergastolo ostativo*, tutti riportati sul sito <https://giurcost.org>.

⁸² In <https://www.cortecostituzionale.it>; la Corte ha ribadito con l’ordinanza n. 122/2022 che, sul punto, permangono inalterate le ragioni che l’avevano indotta a sollecitare l’intervento del legislatore, al quale compete una complessiva, ponderata e coordinata disciplina della materia; per un breve commento dell’ordinanza cfr. A. M. Capitta, *Ergastolo ostativo: la Corte dispone un ulteriore rinvio all’udienza dell’8 novembre 2022 – Corte cost., 10/05/2022, n. 122*, in *Arch. pen.* (on line). La Corte prende atto del fatto che la Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge C. 1951-A, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia».

Di conseguenza la Corte Costituzionale con ordinanza n. 227/2022 ha deciso di restituire gli atti alla Cassazione, giudice *a quo* della questione sollevata che, verificati gli effetti della normativa sopravvenuta sulla rilevanza delle questioni sollevate, potrà procedere a una nuova valutazione della loro non manifesta infondatezza.

In conclusione, il ricorso allo strumento del rinvio d'udienza a data certa si è in questo caso trasformato, per quanto concerne gli effetti prodotti, in una sentenza monitoria tipica, ristabilita nella efficacia della funzione potendo comunque riproporsi – da parte del giudice *a quo* – una nuova questione di costituzionalità con riferimento questa volta alla nuova disciplina entrata in vigore.

9.- L'insussistenza di rischi di 'creazionismo costituzionale'.

Rispetto a tali prese di posizione della giurisprudenza costituzionale sono state paventate possibili 'invasioni di campo' ipotizzabili, però, solo sul piano teorico in quanto la Corte ricava comunque dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato. La prospettazione definitoria della tipologia del proprio intervento si pone come risolutoria della questione della legittimità delle sentenze cd. 'creative'. Non si tratta di 'creazione' *ex nihilo*, ma di un'attività ermeneutica, costituzionalmente orientata, con cui la Corte risolve vuoti normativi – lasciati dal legislatore o prodotti dalle stesse decisioni ablativo della Corte – 'vuoti' che, in realtà, risultano lacune solo apparenti, perché risolvibili, comunque, mediante ricorso all'*analogia iuris*, salvo quanto si preciserà più avanti con riferimento specifico alla sentenza n. 242/2019.

L'art. 12 delle Preleggi⁸³, come è noto, individua nei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato la fonte cui dover far riferimento nel caso in cui manchino precise disposizioni normative. Il riferimento ai principi generali dello Stato di diritto non può che comprendere, in primo luogo, i principi costituzionali, in quanto, con la formula 'principi generali dello Stato' si è inteso escludere il ricorso ai principi del diritto naturale ma non certo estromettere le cogenti indicazioni costituzionali.

Ritengo che per 'precisa disposizione' di legge, solo in assenza della quale sarebbe consentito il ricorso all'*analogia legis e iuris*, non può che intendersi una disposizione il cui risultato interpretativo comunque non risulti in contrasto con la Costituzione.⁸⁴

⁸³ Dispositivo dell'art. 12 Preleggi: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

⁸⁴ Per 'precisa disposizione' di legge non può che intendersi una disposizione il cui risultato interpretativo non risulti in contrasto con la Costituzione. La -da più parti denunciata- desueta formulazione dell'art.12 Preleggi, può consentire un riconoscimento della sua validità solo attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata delle sue disposizioni. Tra la previsione del 'senso fatto proprio dalle parole' quale criterio ermeneutico e quello del ricorso ai 'principi generali dell'ordinamento giuridico' non può esservi un ordine tassonomico diverso da quello che vede prevalere, in ogni caso, i principi generali dell'ordinamento giuridico tra cui innanzitutto quelli dettati dalla Costituzione. Nel caso diverso si porrebbe, infatti, a nostro avviso la questione di incostituzionalità dell'art. 12 delle Preleggi con riferimento all'art. 101 Cost. che nel sancire che 'i giudici sono sottoposti soltanto alla legge', intende per

Le stesse disposizioni dell'art.12 Preleggi – sebbene da più parti ne siano state denunciate le caratterizzazioni desuete – possono attingere nuova linfa (e, dunque, nuova validità) proprio da un'interpretazione costituzionalmente orientata. La previsione del 'senso fatto proprio dalle parole' quale criterio ermeneutico ed il ricorso ai 'principi generali dell'ordinamento giuridico' costituisce l'osmosi funzionale volta a risolvere i casi dubbi che scaturiscono dall'attività interpretativa azionata per salvaguardare determinati interessi meritevoli di tutela. In altri termini, i 'principi generali dell'ordinamento giuridico' in quanto discendenti da quelli previsti dalla Carta Costituzionale finiscono per dettare sicure e consolidate linee guida all'interprete; diversamente si rischierebbe di dover ritenere l'art. 12 delle Preleggi addirittura viziato da illegittimità costituzionale, con riferimento all'art. 101 Cost. Quest'ultima norma, infatti, nel sancire che «i giudici sono sottoposti soltanto alla legge», abbraccia un sistema 'riaperto' ai parametri costituzionali di legittimità.

Con la sentenza concernente il 'caso Cappato', la Corte ha ribadito che, in quanto giustificata da esigenze di tutela del diritto alla vita, specie delle persone più deboli e vulnerabili che l'ordinamento intende proteggere evitando interferenze esterne in una scelta estrema e irreparabile (come quella del suicidio), l'incriminazione dell'aiuto al suicidio di cui all'art. 580 c.p., non è, di per sé, in contrasto con la Costituzione. Tanto premesso, la sentenza individua un ambito particolare rispetto al quale la fattispecie incriminatrice di aiuto al suicidio finisce per presentare aspetti distonici rispetto al funzionamento dei principi costituzionali.

leggi non più un sistema autonomo, vale a dire un circuito chiuso tra regole di statuizione, volontà del legislatore ed obbligatorietà normativa, ma un sistema 'riaperto' ai parametri costituzionali di legittimità e, quindi, istituisce il nuovo principio di legalità costituzionale. Le leggi devono essere applicate dal giudice se ed in quanto conformi a Costituzione. In caso di dubbio di conformità a Costituzione della legge che si deve applicare al caso in esame, il giudice non può, ma deve sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale, indipendentemente da un eventuale positivo riscontro del 'senso letterale delle parole'. Nel caso contrario, non applicherebbe una 'legge' ma solo una proposizione linguistica - enunciato legislativo non costituzionale - finendo proprio con il violare il principio di legalità. Non è questa la sede per approfondire tutti i complessi profili connessi alla questione dell'ermeneutica giudiziaria, a partire dalla possibilità stessa che l'applicazione giurisdizionale del diritto possa risolversi nella 'finzione' di una mera sussunzione linguisticamente corretta del fatto nell'enunciato legislativo, ma sul punto possono essere richiamate le osservazioni svolte da P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 2006, 434ss. e, sulla interpretazione secondo principi generali, fondamentale è il lavoro di E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, 315ss.; l'illustre Autore, sulla *cogenza* dei 'principi generali' osserva: «siccome le singole norme non rispecchiano se non in parte i principi generali (il che esclude una meccanica equivalenza e convertibilità dei due termini), così i principi generali, in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'eccedenza di contenuto deontologico, o assiologico che dir si voglia, in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema [...]. In essi principi opera una virtualità ed una forza di espansione, ma non già di indole logica o dogmatica, bensì di indole valutativa e assiologica: forza non già di verità e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti». Il tema della interpretazione giurisdizionale costituzionalmente orientata, com'è noto, è oggetto di una vastissima trattazione in dottrina; nell'ambito di molteplici voci, per un quadro d'insieme cfr. G. Giacobbe, *Le nuove frontiere della giurisprudenza. Metodo Teoria-Pratica. Saggi*, Milano 2001; A. La Torre, *Cinquant'anni col diritto*, I ed., Milano 2008, 393ss.

L'ambito in questione è circoscritto a quei casi nei quali l'aiuto al suicidio sia prestato nei confronti di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale, quali, ad esempio, l'idratazione e l'alimentazione artificiale e sia affetta da una patologia irreversibile, fonte di intollerabili sofferenze fisiche o psicologiche, ma che resta pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. La Corte ha rilevato come, in base alla legge sulle disposizioni anticipate di trattamento (l. n. 2017/2019 cd. legge sulle DAT), il paziente che si trovi in tali condizioni possa già decidere di lasciarsi morire chiedendo l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e la sottoposizione a sedazione profonda continua, che lo ponga in stato di incoscienza fino al momento della morte. Il medico curante è obbligato a rispettare una tale decisione ma, tuttavia, la legge, invece, non consente al medico di mettere a disposizione del paziente trattamenti atti a determinarne la morte. Il paziente è così costretto, per congedarsi dalla vita, a subire un processo più lento e più carico di sofferenze, in primo luogo per sé e poi per i suoi cari. Ciò, secondo la sentenza, finisce per limitare irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta dei trattamenti, compresi quelli finalizzati a liberarlo dalle sofferenze, garantita dagli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione.

La soluzione 'creativa' adottata dalla Corte, una volta preso atto dell'inerzia del legislatore, è stata quella di individuare quale «punto di riferimento» utilizzabile la disciplina della legge sulle disposizioni anticipate di trattamento relativa alla rinuncia ai trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del paziente e alla garanzia dell'erogazione di una appropriata terapia del dolore e di cure palliative (articoli 1 e 2 della legge n. 219 del 2017). Queste disposizioni prevedono una 'procedura medicalizzata' che soddisfa buona parte delle esigenze riscontrate dalla Corte. In sostanza la Corte ha ritenuto che la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. attiene, in modo specifico ed esclusivo all'aiuto al suicidio prestato a favore di soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge ora citata: disposizione che, inserendosi nel più ampio tessuto delle previsioni del medesimo articolo, prefigura una 'procedura medicalizzata' estensibile alle situazioni che qui vengono in rilievo.⁸⁵

A ben vedere, la decisione in esame si pone in piena coerenza con le premesse svolte nella stessa sentenza relative alla possibilità e 'tipicità' di decisioni della Corte che, in attesa dell'intervento del Parlamento, ricavano dal sistema vigente i criteri interpretativi utili a colmare eventuali lacune, in quanto decisioni necessitate dall'esigenza di «garantire la legalità costituzionale che deve prevalere su quella di lasciare spazio alla

⁸⁵ Paragrafo n. 5 della sentenza n. 242/2019; la Corte Costituzionale, invero, con la più volte richiamata sentenza n. 242/2019 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219/2017 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) 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 fisiche 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.

discrezionalità del legislatore», nonché decisioni intese ad evitare di creare vuoti di disciplina quale conseguenza di una dichiarazione di incostituzionalità.

Nel caso in esame tuttavia, la Corte, più che fare ricorso a criteri di ‘riempimento’ quale l’*analogia iuris* appare invece aver fatto un ricorso ‘forzato’ al criterio dell’*analogia legis*, utilizzando quale «punto di riferimento» gli articoli 1, comma 5 e 2 della l. n. 219/2017 relativa alla rinuncia ai trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza del paziente e alla garanzia dell’erogazione di una appropriata terapia del dolore e di cure palliative.

Ed infatti, l’analogia tra la fattispecie relativa a soggetti che già potrebbero alternativamente lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell’art. 1, comma 5, della legge ora citata rispetto a quella di soggetti che, come nel caso esaminato, richiedono al medico la ‘somministrazione di farmaci idonei ad indurre l’immediata fine della vita’ appare forzata, nella misura in cui attiene a due ipotesi concretamente diverse. Una cosa, infatti, è chiedere ed ottenere la rinuncia a trattamenti necessari alla sopravvivenza, dove l’esito morte avviene per cause naturali, per quanto prevedibili e previste; altra cosa è chiedere ed ottenere la somministrazione di un farmaco che produca direttamente l’*exitu*. A poco rilevando la circostanza che, in entrambi i casi, il soggetto paziente possa rivedere la propria posizione ed ottenere il ripristino delle cure, anche palliative. La Corte sembra aver fondato la propria interpretazione su tale ultima circostanza che, tuttavia, non appare caratterizzante le due (diverse) fattispecie ai fini dell’ammissibilità del ricorso alla *analogia legis*. Sarebbe probabilmente risultato meno problematico un riferimento *in primis* agli artt. 2, 13 e 32 Cost., richiamati peraltro espressamente anche dallo stesso art. 1 della l. n. 219/2017. Il riferimento al diritto alla dignità della vita, quale diritto fondamentale del paziente *ex art. 2 Cost* unitamente al diritto alla qualità della salute *ex art. 32 Cost.* ed all’autodeterminazione della persona, avrebbe potuto verosimilmente condurre al medesimo risultato attraverso il ricorso alla interpretazione sistematico-analogica capace di consentire di trarre direttamente dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato.

10.- Una riflessione di sintesi: i ‘principi’ costituzionali come fondamento e limite per il legislatore e per la Corte Costituzionale.

Nel ricostruire i presupposti ed indagare i limiti dei poteri della Corte nell’esercizio della propria funzione di organo di giustizia costituzionale, sono partito dal presupposto che la Costituzione rappresenti la guida essenziale per l’attività interpretativa. Alla luce della ‘crisi della legge’ – dovuta ad una serie di fattori su cui mi sono soffermato in apertura delle presenti considerazioni – e, dunque, dell’inadeguatezza a rispondere alle nuove domande, il ruolo della Corte costituzionale assume maggiore rilevanza soprattutto quando è chiamata a colmare le lacune della legislazione ordinaria e, quindi, a salvaguardare interessi fondamentali della persona.

Una maggiore presenza dell’organismo di giustizia costituzionale reca con sé non secondarie questioni in ordine ad eventuali momenti di ‘straripamento’ dei confini di competenza, con ricadute sugli ambiti di appartenenza del legislatore ordinario e del Parlamento, in quanto il potere esercitato dalla Corte Costituzionale non sarebbe

sorretto da quella legittimazione democratica che, solo il voto del popolo sovrano potrebbe esprimere.

Un tale pericolo, secondo noi, risulta più apparente che reale per un molteplice ordine di rilievi:

a) in
 primo luogo va posto nel giusto risalto che la Corte Costituzionale – tralasciando la composizione che per un terzo viene eletta dal Parlamento in seduta comune e, quindi, risulterebbe comunque agganciata ad una sorta di legittimazione democratica, seppure indiretta – rinviene direttamente la propria legittimazione democratica nella Costituzione; del resto, non appare concepibile sul piano logico un sistema a costituzione rigida che non preveda una funzione di arbitro a garanzia di tale rigidità: le ‘regole del gioco’ democratico prevedono un organismo che ne garantisca il rispetto;

b) acc
 tanto ad una tale funzione (minima e necessaria) di ‘legislatore negativo’ tuttavia, è possibile ritenere che alla Corte Costituzionale competenti imprescindibilmente anche una funzione ordinaria di co-legislazione, che va ben oltre l’ambito in precedenza richiamato delle ‘rime obbligate’ o ‘rime bacciate’ e che risulta democraticamente legittima (anche sul terreno delle rime ‘sciolte’ o ‘possibili’) essendo finalizzata alla concreta applicazione dei principi e della garanzia della costituzione democratica.

c) non
 appaiono convincenti quindi le posizioni critiche che tendono a denunciare la carenza di legittimazione democratica della Corte Costituzionale che invaderebbe con una pretesa auto-legittimazione di custode della Costituzione il campo della discrezionalità politica del legislatore. Ritengo che la soluzione del problema della legittimazione del giudice costituzionale vada rinvenuta richiamando il concetto di obbligatorietà della Costituzione sul quale già Hans Kelsen aveva fondato l’ipotesi della Norma fondamentale. La legittimazione della Corte Costituzionale, al pari della Costituzione, è dunque (implicitamente e necessariamente) presupposta, seppur non indicata all’interno dello “Stufenbau” kelseniano.

d) Ne
 discende che non siamo in presenza di uno ‘straripamento’ di poteri, bensì di un esercizio ordinario della funzione di garanzia della effettività della Costituzione, funzione non confinabile entro la stretta testualità di ‘rime obbligate’. Si tratta di una garanzia di effettività in assenza della quale, verrebbe meno la stessa validità giuridica della Costituzione. In questo senso, la giustizia costituzionale può rinvenire effettività proprio mediante decisioni a ‘rime sciolte’, capaci di tener conto del contenuto politico-giuridico dell’ordinamento costituzionale caratterizzato da una dinamica e continua evoluzione.

La legalità costituzionale finisce per porsi in termini di nuovo parametro di legittimità giuridica che, con l’approvazione della Costituzione, si è affiancato alla legalità della legislazione ordinaria. Il principio di legalità costituzionale rinviene fondamento nell’art. 101 della Costituzione laddove nel prevedere che ‘giudici sono sottoposti soltanto alla legge’ intende una ‘legge’ conforme a Costituzione, ponendosi l’obbligo al giudice, in ipotesi di dubbio sulla costituzionalità della disposizione legislativa che è chiamato ad applicare al caso sottoposto al suo scrutinio, di sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale.

In una tale ottica, sia il giudice comune che il giudice costituzionale nell'emettere la propria decisione, fa riferimento non solo al diritto statale, ma anche a quello comunitario e a quello della Convenzione EDU, nella interpretazione resa dalla Corte del Lussemburgo e dalla Corte di Strasburgo. I vari ordinamenti risultano, così, interconnessi in una relazione obbligatoria priva di vincoli di gerarchia e basata sul criterio della competenza, come nel caso del diritto comunitario, la cui diretta applicazione nel diritto interno deriva dall'auto-limitazione della sovranità nazionale prevista dall'art.11 della Costituzione secondo cui l'ordinamento italiano 'si apre' al diritto comunitario, in modo che la norma comunitaria ritaglia fattispecie, oggetti, rapporti di vita, comportamenti umani, dalla norma nazionale, per attrarle alla disciplina europea, la quale 'non prevale' sul diritto nazionale, ma semplicemente 'occupa' degli spazi giuridici che quel diritto nazionale ha lasciato vuoti. Si instaura, come si accennava, non un rapporto di gerarchia, ma un rapporto di competenza tra i vari ordinamenti⁸⁶.

Il giudice, sia esso comune o costituzionale, ha come riferimento il nucleo dei principi etici e giuridici fissato dalla Costituzione e, in particolare, i principi fondamentali (art. 1-12) tra cui 'brillano' in modo specifico le opzioni: di eguaglianza (art. 3), di tutela della persona umana (art. 2); il perseguimento del progresso materiale e spirituale della società (art. 4); l'obbligo della Repubblica "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 co. 2); e, ancora, le disposizioni in tema di libertà personale e di libertà di manifestazione del pensiero (artt. 13 e 21). Si tratta di un nucleo di disposizioni che rendono non solo legittimo, ma anche obbligatorio l'intervento del legislatore e del giudice costituzionale per la concreta garanzia dell'eguaglianza 'sostanziale' in nome del principio personalistico che permea l'intera Carta fondamentale.

Il giudice costituzionale, dunque, non interviene solo per 'correggere' l'errore del legislatore oppure solo nel caso di omesso intervento legislativo, ma ogni qual volta rilevi – come nel 'caso Cappato' – che il non tempestivo ed a volte immediato intervento determini un *vulnus* ai fondamentali principi appena richiamati.

In materia penale, venendo in rilievo la libertà della persona, l'intervento del giudice, anche quello costituzionale, deve essere ancora più ponderato evitando qualunque ipotesi di 'creazionismo giuridico' che, in quanto tale, risulti sganciato dalla Costituzione ed evitando sovrapposizioni di ruoli con il legislatore a cui spetta l'onere di fronteggiare determinate situazioni. L'intervento della Corte Costituzionale utilizzando prassi diverse rispetto al passato e, dunque, sollecitando il legislatore ad intervenire, finisce per apportare un concreto contributo nella soluzione di un determinato problema.

⁸⁶ G. Scaccia, *L'incompatibilità fra norma interna e norma comunitaria come ipotesi di incompetenza, alla luce dell'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV ed., Napoli 2011, 3321.

Del resto, la stessa Corte Costituzionale utilizza le ‘rime sciolte’ con grande accortezza come dimostrano le recenti prese di posizione di cui alle sentenze nn. 115/2018, 24/2019, 25/2019 e 98/202⁸⁷.

La Consulta, con le decisioni nn. 115/2018 e 24/2019, afferma che: «l’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008), e ribadisce, in modo fermo, che nessuna interpretazione possa «surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione”» (sentenza n. 115 del 2018); e ciò in quanto nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia è indispensabile l’esistenza di un «“diritto scritto di produzione legislativa” rispetto al quale “l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018)⁸⁸.

La decisione n. 25/2019 – nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 75, co. 2, d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui punisce come delitto l’inosservanza delle prescrizioni di ‘vivere onestamente’ e di ‘rispettare le leggi’ da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno – stabilisce, a sua volta: «In un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato. L’attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell’interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini della fattispecie penale circoscrivendo l’area della condotta penalmente rilevante. Ma rimane pur sempre un’attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo».

⁸⁷ Le conclusioni della Corte Costituzionale sono state fatte proprie dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alle ipotesi di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui all’art. 353-bis c.p. (Cass. pen. sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 5536, in <https://www.giurisprudenzapenale.com>) e turbata libertà degli incanti prevista dall’art. 353 c.p. (Cass. pen. sez. VI, 28 giugno 2022, n. 24772, in *Dir. pen. proc.* (2023) 4 con osservazioni di E. Lo Monte, *Verso la riscoperta del principio di legalità? Le nuove tendenze della giurisprudenza di legittimità dopo i ‘dettami’ della Consulta*. I giudici di legittimità ribadiscono quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale e, dunque, con riferimento all’art. 353 c.p., affermano che le omissioni e i mendaci preliminari alla ammissione alla gara e anteriori rispetto al suo svolgimento, non possono essere configurati come comportamenti manipolatori atti a incidere sulla formazione del bando di gara o collusivi con altri per alterare il normale svolgimento delle offerte. Condotte di questo genere possono ledere i beni giuridici tutelati dalle norme incriminatrici che configurano i reati di falso, ma non attentano alla libera concorrenza tranne che in specifiche situazioni nelle quali il mendacio dovesse assumere articolati connotati fraudolenti e corroborati da ulteriori produzioni componenti le precondizioni per alterare la libera concorrenza nella gara. Verso questo risultato convergono l’interpretazione del significato letterale dell’art. 353 c.p. e la valutazione della sua ratio in linea con l’endiadi esegetica posta dall’art. 12 delle preleggi per il quale la legge va applicata traendo le premesse «dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

⁸⁸ Corte cost., 24/01/2019, n. 24, in <https://www.cortecostituzionale.it>.

Non diversamente viene stabilito nella sentenza n. 98/2021⁸⁹ in tema di divieto di analogia che – secondo i giudici costituzionali – non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali. Il divieto di analogia costituisce, quindi, un limite insuperabile rispetto alle scelte interpretative a disposizione del giudice di fronte alla disposizione normativa. La richiamata sentenza così si esprime: «è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore». Per quanto concerne i connessi rapporti tra divieto di analogia, riserva di legge e tassatività dell'illecito penale va rimarcato l'assunto secondo cui il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice «costituisce il naturale completamento di altri corollari del principio di legalità in materia penale sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e in particolare della riserva di legge e del principio di determinatezza della legge penale (...): corollari posti a tutela sia del principio "ordinamentale" della separazione dei poteri, e della conseguente attribuzione al solo legislatore del compito di tracciare i confini tra condotte penalmente rilevanti e irrilevanti (ordinanza n. 24 del 2017), nonché – evidentemente – tra le diverse figure di reato; sia della garanzia "soggettiva", riconosciuta ad ogni consociato, della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, a tutela delle sue libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988)»⁹⁰.

Dalle considerazioni sinora svolte potrebbe emergere il dato riassumibile nell'esplicazione, da parte della Corte Costituzionale, di funzioni per alcuni versi para-legislative, in quanto, a volte, si è mantenuta "borderline" su crinali, forse, neppure supposti dai padri Costituenti. A ben vedere, però, si tratta di un percorso evolutivo della giustizia costituzionale che opera in rapporto a determinate urgenze al fine di colmare vuoti di tutela ed assicurarne quindi l'effettiva garanzia in determinati ambiti. In effetti, già Mario Pagano aveva individuato nella funzione dei giudici costituzionali la *conditio per quam* della garanzia effettiva della legittimità costituzionale.

⁸⁹ In dottrina si vedano le riflessioni svolte da F. Palazzo, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.* 9 (2021) 1225ss.; L. Risicato, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *DisCrimen* 2 (2021) 207ss.; C. Cupelli, *Divieto di analogia in malam partem e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.* 4 (2021) 1807ss.; M. Scoletta, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *AIC - Osservatorio costituzionale* 5 (2021) 196ss.; R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole* (28 giugno 2022), in *Sist. pen.* consultabile sul sito <https://sistemapenale.it>.

⁹⁰ È stato sostenuto in proposito (V. Manes, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale. (A margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 4 (2021) 1238) che la decisione n. 98/2021, oltre ad affermare il divieto di analogia in *mala partem*, enuclea una gerarchizzazione tra i criteri interpretativi che essendo di rilevantissimo numero sono frequentemente invocati dall'interprete senza precise regole di prevalenza dell'un sull'altro, dando di volta in volta rilievo – a seconda dell'esito che s'intende avvalorare – all'interpretazione testuale, storica, originalista, sistematica, teleologica, orientata ora alla ratio ora alla ragionevolezza, ora alle conseguenze.

Il problema di fondo, allora, non è tanto l'azione di supplenza oppure le modalità ed i limiti dell'interpretazione del giudice o della Corte Costituzionale di una determinata disposizione, quanto la necessità di disporre di tecniche di normazione nella produzione delle leggi in grado di ridurre tutti i rischi naturalmente connessi all'interpretazione e la presenza di un legislatore attento a fronteggiare le varie evenienze portate da una realtà in costante e rapida evoluzione.

Abstract.- Il contributo affronta una questione alquanto articolata che attiene al ruolo della Corte Costituzionale chiamata ad interventi, sempre più incisivi, al fine di dare concreto riconoscimento alle coordinate tracciate nella Carta fondamentale.

A venire in rilievo è l'effettività dei diritti costituzionali spesso procrastinata dal legislatore ordinario che non riesce a far fronte alle variegate esigenze portate da una post-modernità in rapida evoluzione. Molteplici sono le ricadute dei ritardi e delle inadeguatezze normative che riverberano specifici effetti in ambito penalistico.

In un tale contesto l'operato della Corte Costituzionale rischia di essere letto nei termini di 'sconfinamento' nel terreno delle prerogative del legislatore ordinario, ancor di più se vengono abbandonati "clichè" ermeneutici (cd. rime obbligate) per nuove forme interpretative (cd. rime sciolte).

Le nuove prassi della Corte Costituzionale (si prendano ad esempio le decisioni concernenti la cd. 'vicenda Cappato' oppure la questione dell'ergastolo ostativo) però – come dimostrato nella ricerca – solo apparentemente possono dare vita a forme di creazionismo costituzionale, in quanto, le stesse, si incardinano all'interno dei 'principi costituzionali' che rappresentano il fondamento e il limite per il legislatore ordinario e per l'organismo costituzionale.

This article is examining a very complex subject about the role and the powers of the Constitutional Court and its interventions, always more incisive, with the prospective of giving concrete recognition to the pathway deriving from the always more institutionalized Constitutional heritage.

The first topic is the effectiveness of the Constitutional rights, priority often postponed and sometimes 'forgotten' by ordinary legislators, unable to deal with articulated needs brought by a quickly developed postmodernism.

There are many detriments due to regulatory inadequacies and these 'dangerous' issues can be found day by day in the Criminal Law scenario.

In such a context, the role played by the Constitutional Court runs the risk of being interpreted in terms of 'trespassing' into the sphere of the ordinary legislator's powers and prerogatives, today even more because hermeneutical clichés (so-called 'rime obbligate') are abandoned because of innovative forms of interpretation (so-called 'rime sciolte').

However, the new practices of the Constitutional Court - take for example the recent decisions concerning the 'case Cappato' or the question concerning the 'ergastolo ostativo' (life sentence) - as demonstrated in the research - can only give growth to forms of constitutional creationism, since they are based and hinged within the 'Constitutional principles'. The Constitutional principles represent the foundation and the limit for the ordinary legislator and also for the Constitutional body.

