



# NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato  
e storia costituzionale

## UN NUOVO TIPO DI DOPPIA PRONUNCIA: LA VIA ITALIANA ALLA *UNVEREINBARERKLÄRUNG*? (OSSERVAZIONI SU CORTE COSTITUZIONALE, ORD. N. 207/2018 E SENT. N. 242/2019)\*

di Andrea Ridolfi\*\*

SOMMARIO: 1. L'ord. n. 207/2018 – 1.1. Il complicato inquadramento di essa nell'ambito delle tecniche decisorie – 1.2. Una ordinanza di incompatibilità? – 1.3. I problemi giuridici – 2. L'inerzia da parte del Parlamento – 3. La sent. n. 242/2019 – 4. Qualche breve osservazione a mo' di conclusione

### 1. L'ord. n. 207/2018

#### 1.1. Il complicato inquadramento di essa nell'ambito delle tecniche decisorie

**C**on la sentenza n. 242/2019<sup>1</sup> si è definitivamente chiuso il c.d. *caso Cappato*, caso che era stato affrontato dalla Corte costituzionale una prima volta circa un anno fa con una decisione (l'ord. n. 207/2018), che, in virtù della peculiarità del dispositivo adottato, aveva dato luogo ad un vivace dibattito tra gli studiosi<sup>2</sup>. La Corte infatti

\*\* Dottore di Ricerca in Teoria dello Stato ed Istituzioni Politiche Comparate presso Università di Roma *Sapienza* e contrattista presso Università *LUISS Guido Carli* di Roma e Università di Roma *Sapienza*, sede di Latina. Un doveroso ringraziamento debbo rivolgere agli amici e colleghi Francesca Rosa e Giorgio Repetto per il proficuo confronto su alcune questioni di diritto comparato. Errori, imprecisioni od omissioni sono esclusivamente ascrivibili a me stesso.

<sup>1</sup> Per quanto riguarda i commenti alla sent. n. 242/2019, si vedano F. Bertolini, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Rivista AIC* 2019, n. 4 (20-12-2019); M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti la Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, ivi (23-12-2019); R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, ivi (23-12-2019); C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, in *Sistema Penale* 2019, n. 12, p. 33 ss.; A. Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamento salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute* 2019, n. 2, p. 201 ss.; A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme* (27-11-2019).

<sup>2</sup> Tra gli innumerevoli commenti all'ord. n. 207/2018, segnalo AA.VV., *Il Forum. Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Gruppo di Pisa* 2019, n. 1, p. 155 ss.; U. Adamo, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *Diritti Comparati* (23-11-2018); Id., *La Corte è 'attendista'... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* (23-11-2018); M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia* (19-11-2018); P. Carnevale, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica*

aveva dichiarato che vi era un vuoto di tutela nella normativa esistente, sospendendo contestualmente la causa per circa un anno<sup>3</sup>, e rivolgendo un monito al legislatore affinché operasse un diverso bilanciamento degli interessi in quello stesso intervallo di tempo<sup>4</sup>.

La scelta della Corte non era facilmente prevedibile, tanto che nei commenti pubblicati prima della decisione si ipotizzava o una ordinanza di inammissibilità o una sentenza interpretativa di rigetto o addirittura una sentenza additiva<sup>5</sup>. La complessità e la novità del dispositivo adottato emergono, in primo luogo, dal fatto che il comunicato stampa che lo aveva annunciato all'opinione pubblica non lasciava intendere pienamente quel che la Corte aveva concretamente deciso<sup>6</sup>. Un ulteriore aspetto che va sicuramente messo in evidenza è

---

*decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online* 2019, fasc. II (30-7-2019), p. 360 ss.; A. D'Aloia, *In attesa della legge (o del nuovo intervento della Corte Costituzionale) sul suicidio medicalmente assistito*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* (30-6-2019); D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza costituzionale recente, a partire dal caso Cappato*, in *Federalismi.it* 2019, n. 17 (18-9-2019); E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale, o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali* 2019, n. 3, p. 531 ss.; C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it* 2019, n. 6 (20-3-2019); M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* (1-12-2018); M. Picchi, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti* 2018, n. 3; S. Prisco, *Il caso Cappato tra Parlamento, Corte costituzionale e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal* 2018, n. 3, p. 153 ss.; G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Diritti fondamentali.it* 2019, n. 1 (22-1-2019); Id., *Sulla relazione fra l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, *ivi*, n. 2 (1-7-2019); G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2018, n. 6, p. 2487 ss.; Id., *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra ogni lato”*, *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* (24-6-2019); E. Rossi, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* (5-7-2019); A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'incrocio costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online* 2018, fasc. III (20-11-2018), p. 571 ss.; Id., *Frangimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018*, in *Consulta Online* 2019, fasc. I (21-2-2019), p. 92 ss.; 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 *Rivista AIC* 2019, n. 2 (26-6-2019); G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it* 2019, n. 2 (15-9-2019), p. 27 ss.

<sup>3</sup> Cfr. C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”*, *cit.*, p. 12, che sottolinea come sia stata la prima volta che la Corte abbia deciso un rinvio per ragioni di merito, e non per ragioni processuali. Tra i precedenti di rinvio a ruolo per motivi processuali vengono citati il rinvio a nuovo ruolo deliberato il 26-3-2002 per mancato raggiungimento del *quorum* previsto dall'art. 16 l. n. 87/1953, il rinvio a nuovo ruolo disposto il 20-9-2016 sulle questioni di legittimità costituzionale riguardanti il c.d. *Italicum*, allo scopo di non condizionare il risultato del referendum costituzionale del 4-12-2016, o il rinvio a nuovo ruolo delle questioni di legittimità costituzionale riguardanti la l. n. 40/2004 nell'attesa che la Corte di Strasburgo si pronunciasse nel caso *Parrillo c. Italia*. Nello stesso senso, si veda G. Campanelli, in AA.VV., *Il Forum*, *cit.*, p. 219. Di diverso avviso sembra, invece, P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, *cit.*, p. 361-362, che fa rientrare il rinvio sull'*Italicum* nell'ambito delle ragioni di opportunità, e non delle esigenze di carattere processuale.

<sup>4</sup> Di rinvio condizionato al legislatore parla P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, *cit.*, p. 365 ss.

<sup>5</sup> Si veda, in questo senso, C. Tripodina, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano d'altri”*, in *BioLaw Journal* 2018, n. 3, p. 139 ss., spec. p. 148-149. Ipotizzava una decisione di inammissibilità E. De Marchi, *L'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale dell'art. 580 c.p. nel processo a Marco Cappato: motivazioni e possibili scenari*, in *Giurisprudenza Penale* 2018, n. 6 (3-6-2018), p. 19. Sui limiti di una interpretativa di rigetto in luogo del dispositivo adottato, si veda P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, *cit.*, p. 363.

<sup>6</sup> Dell'ord. n. 207/2018 come di un atto singolare nella forma in rapporto ai contenuti, presagibile sin dalle modalità inconsuete del comunicato stampa, parla G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, *cit.*, p. 1. Sui problemi riguardanti il rapporto tra comunicato stampa e motivazione, si veda, inoltre, AA.VV., *Il Forum*, *cit.*, p. 157 ss.

che, pur trattandosi di una ordinanza, essa è motivata come una vera e propria sentenza<sup>7</sup>. Inoltre, è stato rilevato anche che essa è una sorta di Frankenstein, perché, sia da un punto di vista strutturale, che sul piano delle argomentazioni, presenta elementi di diverse tipologie decisorie: i primi 7 paragrafi e la prima frase dell'ottavo sembrano essere quelli tipici di pronuncia di rigetto, il resto dell'ottavo e il nono paragrafo sembrano essere quelli propri di una decisione di accoglimento, mentre gli ultimi due paragrafi (il decimo e l'undicesimo) sono quelli tipici di una pronuncia monitoria di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>8</sup>. Da questa tripartizione sarebbero potute derivare nella decisione successiva tre diverse tipologie di pronunce (additiva o parzialmente ablativa, interpretativa di rigetto, interpretativa di accoglimento) che avrebbero enfatizzato una delle tre parti dell'ordinanza a scapito delle altre<sup>9</sup>.

La qualificazione giuridica dell'ordinanza è stato uno dei punti dove sono maggiormente emersi contrasti tra le diverse ricostruzioni<sup>10</sup>. Il Presidente Lattanzi nella consueta Relazione annuale sulla giurisprudenza costituzionale, ha parlato di una “*ordinanza ad incostituzionalità prospettata*”<sup>11</sup>, da parte di altri commentatori si è utilizzata l'espressione “*ordinanza ad incostituzionalità sospesa e condizionata*”<sup>12</sup>, e di “*ordinanza ad incostituzionalità differita*”<sup>13</sup>. Questa ultima denominazione, tuttavia, potrebbe ingenerare equivoci, poiché in dottrina viene utilizzata per indicare una peculiare tipologia di sentenze in cui vi è una manipolazione degli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità<sup>14</sup>. Le sentenze a incostituzionalità differita si differenzerebbero rispetto alle sentenze di incostituzionalità sopravvenuta in

<sup>7</sup> Sottolineano questo aspetto U. Adamo, *La Corte è 'attendista'...*, cit., p. 1; M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 2; P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 361-362; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale*, cit., p. 571.

<sup>8</sup> Così G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, cit., p. 37-38. Di una decisione che condensa in sé elementi propri delle decisioni di inammissibilità con monito che delle sentenze additive di principio parla, invece, C. Saloi, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 226-227. Di una ordinanza bipolare (una parte *pro life*, e l'altra *pro choice*) parla, con toni dichiaratamente polemici, G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, cit., p. 16 ss.

<sup>9</sup> Cfr. G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, cit., p. 39 ss.

<sup>10</sup> Cfr., in proposito, R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani*, cit., p. 2-3, nota 3.

<sup>11</sup> Cfr. Corte costituzionale, *Riunione straordinaria del 2 marzo 2019. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, p. 12 (in [https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/relazioni\\_annuali.do](https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/documentazione/relazioni_annuali.do)).

<sup>12</sup> In questo senso, R. Romboli, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 225-226, il quale fa rientrare l'ordinanza tra le pronunce interlocutorie, ovvero sia quelle pronunce caratterizzate dal fatto di non porre fine al rapporto processuale.

<sup>13</sup> In questo senso, M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 1 ss.; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale*, cit., p. 573.

<sup>14</sup> Sulla problematica degli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale italiana, si vedano AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano 1989; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano 1993; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino 1996, p. 14 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge)*, Padova 1997; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, IV ed., Milano 2004, p. 225 ss., 250 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, p. 240 ss., 268 ss.; A. Celotto, F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino 2010, p. 659 ss., spec. p. 694 ss., 705 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, p. 346 ss., 401 ss.; Id., *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, II ed., Bologna 2018, p. 182 ss., 242 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, V ed., Torino 2014, p. 181 ss.; R. Bifulco, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2018, p. 492-493; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, VI ed., Torino 2018, p. 139 ss.; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, IV ed., a cura di L. Mazzaroli e D. Giroto, Torino 2018, p. 783-784.

quanto, mentre nel primo caso il giudice delle leggi farebbe decorrere gli effetti caducatori dal momento in cui il vizio si determina, nelle sentenze ad incostituzionalità differita la Corte determinerebbe con precisione il momento in cui si verificherebbe il *vulnus* costituzionale, e, tuttavia, sposterebbe in avanti il *dies a quo* degli effetti caducatori<sup>15</sup>. In questo caso, tuttavia, la Corte costituzionale non ha dichiarato l'incostituzionalità, ma si è limitata solo a rilevare che c'è un *vulnus* ai principi costituzionali ed a lanciare un monito al legislatore perché provveda a modificare la normativa<sup>16</sup>.

Si potrebbe ritenere, quindi, che la decisione rientri tra quelle di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, se non fosse che questa tipologia di decisione presuppone prima una decisione di rigetto o di inammissibilità con monito al legislatore, e poi successivamente una decisione di accoglimento (c.d. *doppia pronuncia*)<sup>17</sup>, mentre la Corte esclude esplicitamente che in questo caso possa trovare applicazione il meccanismo della doppia pronuncia, in quanto questa tecnica decisoria finirebbe per lasciare in vita per un periodo non preventivabile la normativa non conforme a Costituzione<sup>18</sup>. Si potrebbe addirittura fare anche un paragone con la sentenza n. 243/1993<sup>19</sup>, se non fosse che in quest'ultima il monito al legislatore a provvedere al più presto rimaneva indeterminato, in quanto si parlava di avvio dei meccanismi di omogeneizzazione entro la presentazione della legge finanziaria, o comunque nella prima occasione utile per l'impostazione e la formulazione di scelte globali della politica di bilancio<sup>20</sup>.

In un polemico commento, Antonio Ruggeri ha parlato di *ircocervo costituzionale*, sottolineando come ci si trovasse di fronte ad un singolare nuovo tipo di decisione forgiato dalla Consulta, con effetti a carico del legislatore, dei giudici diversi da quello *a quo* e della

<sup>15</sup> Sulle sentenze di incostituzionalità differita, si vedano R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 53 ss.; Id., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano 2007, p. 116-117; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 16 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 185 (che citano a suffragio della loro ricostruzione C. cost., sent. nn. 226 e 501 del 1988; 50/1989; 1/1991; 13/2004); R. Bifulco, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 493.

<sup>16</sup> Ipotizzava moniti al legislatore da parte della Corte U. Adamo, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano 2018, p. 189.

<sup>17</sup> Sulla decisioni di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, si vedano R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 71 ss.; Id., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 88 ss.; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 21 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 217, 249-250; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 231, 266-267; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 187; R. Bifulco, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 493; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 141. Sul meccanismo della doppia pronuncia e sul problema dell'inadempimento dei moniti, si vedano anche G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 410 ss.; Id., *Giustizia costituzionale*, II, cit., p. 221 ss.

<sup>18</sup> C. cost., ord. n. 207/2018, § 11 del *Considerato in diritto*. Una difesa della tecnica utilizzata dalla Corte rispetto alle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata è in G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, cit., p. 2491, secondo cui essa esprime un vincolo più stringente a carico del legislatore.

<sup>19</sup> Il paragone tra l'ord. n. 207/2018 e la sentenza n. 243/1993 è avanzato da P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 366; A. Famiglietti, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 220-221; G. Salvadori, *ivi*, p. 229. Sulla sentenza n. 243/1993, si vedano i commenti di A. Anzon, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1993, n. 3, p. 1785 ss.; C. Pinelli, *Titano, l'eguaglianza e un nuovo tipo di «additiva di principio»*, *ivi*, p. 1792 ss.; M. D'Amico, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, *ivi*, p. 1803 ss.

<sup>20</sup> C. cost., sent. n. 243/1993, § 14 del *Considerato in diritto*.

stessa Corte<sup>21</sup>. Per quanto riguarda gli effetti a carico del legislatore, Ruggeri ha sottolineato che questo tipo di decisione finisca per restringere quasi a zero lo spazio delle pronunce di inammissibilità<sup>22</sup>. In un successivo commento, Ruggeri ha rincarato la dose, parlando di una tecnica decisoria debordante dal quadro degli strumenti predisposti e foriera di inconvenienti<sup>23</sup>. Sulla stessa scia si è posta quella dottrina che ha parlato di una pronuncia senza precedenti e senza alcuna base costituzionale e legale nelle norme che disciplinano il processo costituzionale<sup>24</sup>. In particolare, viene fortemente criticato il § 11 del *Considerato in diritto* sull'art. 580 cod. pen., sottolineando come la non applicazione di una norma vigente, in assenza di una dichiarazione di incostituzionalità, non trovi alcun fondamento normativo<sup>25</sup>. In secondo luogo, viene criticato anche l'ampliamento del *thema decidendum*, con la motivazione che esso costituirebbe non solo un elemento di novità processuale, ma, nello stesso tempo, una rottura sul piano del procedimento argomentativo costituzionale<sup>26</sup>.

Una versione più moderata delle critiche all'ordinanza è quella che ha messo in evidenza i rischi di politicizzazione dell'operato della Corte costituzionale attraverso il ricorso a tecniche innovative<sup>27</sup>. C'è anche chi, pur ammettendo che si sia trattato di una soluzione inedita, ha negato con forza che essa possa effettivamente assurgere al rango di nuova tecnica decisoria, suscettibile, per ciò stesso, di generalizzazione<sup>28</sup>, in quanto la soluzione processuale individuata non costituiva affatto una generale forma di reazione alla inutilità dei moniti lanciati dalla stessa Corte, ma, anzi, mirava al bersaglio sbagliato, proponendo il rimedio peggiore<sup>29</sup>. In virtù di ciò, la Corte rischiava di trovarsi, all'esito della nuova udienza di trattazione, di fronte ai medesimi problemi che aveva dovuto affrontare nella motivazione dell'ordinanza n. 207/2018, e magari anche a qualche problema nuovo che non era stato considerato<sup>30</sup>.

Tuttavia, non tutta la dottrina ha reagito così negativamente: alle obiezioni sulla singolarità del dispositivo prescelto, alcuni studiosi hanno cercato di rispondere mettendo in evidenza il fatto che mancavano strumenti più forti, altrove esistenti, di differimento degli effetti di

<sup>21</sup> Cfr. A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'incrocio costituzionale*, cit., p. 572 ss.

<sup>22</sup> Si veda A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'incrocio costituzionale*, cit., p. 573.

<sup>23</sup> Cfr. A. Ruggeri, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda*, cit., p. 108 ss.

<sup>24</sup> Così G. Razzano, *Sulla relazione fra l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, cit., p. 2.

<sup>25</sup> Si veda G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, cit., p. 3 ss.

<sup>26</sup> Cfr. G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, cit., p. 6 ss., secondo cui si passerebbe, dal giudizio sul reato di aiuto al suicidio, al giudizio sulla mancata previsione legislativa di un diritto al suicidio assistito.

<sup>27</sup> Cfr., in questo senso, G. Canale, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 219-220.

<sup>28</sup> Cfr., in questo senso, E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 536 ss., il quale si domanda (ivi, p. 539) se la Corte possa, mediante i poteri di gestione del processo costituzionale, non solo mettere in mora il Parlamento, ma addirittura controllarne i tempi di reazione, tenendolo sotto pressione attraverso il mantenimento in vita dello specifico giudizio incidentale nell'ambito del quale il monito era stato espresso. Di nuova tecnica decisoria parla, invece, M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti la Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 5. Di nuovo modulo decisorio di tipo monitorio e di un nuovo tipo di doppia pronuncia parla R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani*, cit., p. 2 ss.

<sup>29</sup> Così nuovamente E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 542.

<sup>30</sup> Cfr. E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 562.

una decisione di incostituzionalità<sup>31</sup>; altri hanno rilevato che la decisione aveva il merito di rafforzare il potere della Corte e del suo giudizio assai più dei moniti non ascoltati o delle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>32</sup>, altri hanno visto in tale ordinanza una sorta di decisione omeopatica, contro i rischi dell'inoculazione massiccia del farmaco della incostituzionalità, da un lato, e della medicina sciamanica (l'inammissibilità con monito)<sup>33</sup>; altri hanno sottolineato che questa soluzione fosse quella che permetteva di salvaguardare la discrezionalità del legislatore<sup>34</sup>, altri, infine, hanno visto in questa decisione un modello di intervento della Corte di fronte ad omissioni incostituzionali da parte del legislatore<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Si veda S. Prisco, *Il caso Cappato tra Parlamento, Corte costituzionale e dibattito pubblico*, cit., p. 168. In senso simile, si veda anche M. Picchi, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento, cit., p. 11 ss., secondo la quale la Corte costituzionale ha operato in questo modo perché non poteva attingere alle tecniche decisorie precedentemente utilizzate, e non poteva neanche seguire l'esempio della Corte Suprema canadese, né quello della Corte Suprema britannica. Di diverso avviso sembra G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, cit., p. 2489-2490, il quale tende a distinguere l'ord. n. 207/2018 dalle decisioni manipolative degli effetti temporali, in quanto, pur riposando sulla dissociazione temporale tra l'accertamento della incostituzionalità e la produzione degli effetti di annullamento conseguenti alla dichiarazione della stessa, essa costituisce, a suo dire, piuttosto una variante procedurale delle sentenze manipolative dell'oggetto, in quanto non incide sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità, quanto piuttosto sul termine di adozione della eventuale sentenza dichiarativa di quegli effetti, i quali caducheranno la norma *ab origine*, senza dare luogo ad alcuna delimitazione sul piano temporale delle conseguenze dell'incostituzionalità.

<sup>32</sup> Cfr. G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, cit., p. 2487.

<sup>33</sup> Così G. Famiglietti, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 220.

<sup>34</sup> Sul fatto che l'ordinanza abbia come scopo proprio quello di rispettare la discrezionalità del legislatore insiste M. Picchi, «Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento, cit., p. 3. In senso simile, si veda M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 662.

<sup>35</sup> Così E. Rossi, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., p. 1.

## 1.2. Una ordinanza di incompatibilità?

È stato giustamente rilevato come negli ultimi decenni la Corte costituzionale si sia trovata ad affrontare una problematica nuova, ovvero sia l'impossibilità di risolvere i problemi affidandosi solo a pronunce manipolative in caso di leggi con bilanciamenti discutibili<sup>36</sup>. La storia degli strumenti decisionali elaborati dalla Corte costituzionale italiana è interpretabile, in linea di massima, come un tentativo di ridurre al minimo gli effetti demolitori della declaratoria di incostituzionalità, cercando, al tempo stesso, di conciliare legittimità costituzionale e discrezionalità del legislatore<sup>37</sup>. Ecco spiegato perché, pur avendo a disposizione un gran numero di tecniche decisionali per circoscrivere questi effetti<sup>38</sup>, la

<sup>36</sup> Cfr., in proposito, M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018, p. 17 ss., secondo la quale (ivi, p. 21 ss.) sia nella giurisprudenza sulla l. n. 40/2004, che in quella sulle leggi elettorali, così come nella decisione n. 286/2016, la correzione operata dalla Corte con la dichiarazione di illegittimità costituzionale, pur se necessaria, non ha risolto pienamente tutti i problemi giuridici.

<sup>37</sup> Così G. Cerrina Feroni, *Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino 2002, p. 40. Sul superamento delle logiche positivistiche e formalistiche secondo le quali la Corte non dovrebbe fare altro che dichiarare l'incostituzionalità sempre e comunque, si veda R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 19 ss., secondo cui questo orientamento finisce per sovrapporre totalmente la funzione della Corte costituzionale a quella di un qualsiasi giudice, misconoscendo però il fatto che solo alla prima viene garantita efficacia *erga omnes* delle sue decisioni e non impugnabilità delle stesse. Di conseguenza, prosegue Pinardi (ivi, p. 21), è comprensibile che la Consulta, prendendo atto che l'unica arma messa a sua disposizione dai Costituenti è contemporaneamente troppo potente e non modulabile, preferisce talora percorrere strade diverse, allo scopo di rimuovere il *vulnus* accertato. Si veda, inoltre, F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, p. 111 ss., secondo cui solleva dubbi l'asserzione per la quale la funzione della Corte costituzionale come giudice delle leggi consista propriamente ed esclusivamente nella creazione di vuoti legislativi, automatica conseguenza dell'annullamento delle leggi, poiché, a suo avviso (ivi p. 148), la funzione di garanzia costituzionale non può risolversi nella mera eliminazione delle leggi incostituzionali: se così non fosse, il valore della continuità o non continuità dell'ordinamento, nel quale si risolve lo stesso principio supremo di legittimità costituzionale, non potrebbe essere salvaguardato. Si veda anche G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 337 ss.; Id., *Giustizia costituzionale*, II, cit., p. 173 ss., secondo i quali si è ormai in presenza di un vero e proprio cambiamento di prospettiva: non si tratta più tanto di censurare l'atto legislativo in quanto non rispettoso dei limiti imposti dalla Costituzione, ma piuttosto di censurare l'atto legislativo in quanto non idoneo a dare effettività ai principi costituzionali. Da qui il passaggio da una visione di tipo negativo della giurisprudenza costituzionale come una mera giurisprudenza di annullamento ad una di tipo positivo di ricomposizione interpretativa o integrazione normativa dell'ordinamento, in quanto l'eliminazione pura e semplice della legge non rimedierebbe all'incostituzionalità, ma, anzi, concorrerebbe a generare risultati di incostituzionalità ancora più gravi. Di crisi del modello kelseniano di legislatore negativo parla M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 4-5. Si veda anche E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 534-535.

<sup>38</sup> Sui molteplici strumenti elaborati dalla Corte costituzionale, si vedano L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81-luglio '85)*, in AA.VV., *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, p. 299 ss.; F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, ivi, p. 527 ss., spec. p. 573 ss.; Id., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1981, parte I, p. 1646 ss.; Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 149 ss.; A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno (Trieste, 26-28 maggio 1986)*, Milano 1988, p. 125 ss.; Id., *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., p. 287 ss.; G. D'Orazio, *Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali (nuovi orizzonti o falsi miraggi?)*, ivi, p. 345 ss.; M. Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni '90*, ivi, p. 105 ss.; A. Cerri, *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento «datate»*, ivi, p. 135 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 249 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 266 ss.; Id., *Istituzioni di diritto pubblico nel contesto europeo*, V ed., Milano 2015, p. 524 ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 37 ss.; Id., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 84 ss.; Id., *La declaratoria di incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, in M. D'Amico, F. Biondi, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 439 ss.; M. Troisi, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, ivi, p. 315 ss.; S. Catalano,

Corte ha preferito invece utilizzare un'ordinanza con cui sospende la causa, e assegna un termine al legislatore per operare un diverso bilanciamento degli interessi. Se non è la prima volta che la Corte utilizza un'ordinanza per lanciare un monito al legislatore<sup>39</sup>, è la prima volta in cui la Corte, all'accertamento dell'incostituzionalità e al monito al legislatore, ha aggiunto anche un termine perentorio entro cui provvedervi<sup>40</sup>.

Per tutte queste ragioni, ritengo l'ord. n. 207/2018 inquadrabile tra le decisioni di incompatibilità (*Unvereinbarkeit*)<sup>41</sup> che il *Bundesverfassungsgericht* adotta quando dichiara che vi è un contrasto tra una disposizione legislativa e il *Grundgesetz*, senza che vi sia annullamento della disposizione viziata<sup>42</sup>. Nell'ambito di quello che è stato definito un arsenale di strumenti a disposizione del Tribunale Costituzionale Federale<sup>43</sup>, le decisioni di

---

*Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, ivi, p. 359 ss.; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 13 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 247 ss.; A. Celotto, F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 699 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 340 ss., 390 ss.; Id., *Giustizia costituzionale, II*, cit., p. 176 ss., 233 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 167 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 140 ss.; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 781 ss.

<sup>39</sup> Cfr., in proposito, A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 231, il quale, nell'ambito delle decisioni di inammissibilità, distingue tra i casi in cui il parametro invocato non consente di censurare la scelta legislativa ed i casi in cui la Corte rileva una violazione delle norme costituzionali, ma non può pronunciare l'accoglimento perché diversi sono i modi idonei ad eliminare l'incostituzionalità riscontrata, e la scelta tra essi spetta soltanto al legislatore. In senso simile, si veda Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 216. Sulle decisioni monitorie, inoltre, si vedano R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 114 ss.; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 163 ss.; A. Celotto, F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 693-694; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 408 ss.; Id., *Giustizia costituzionale, II*, cit., p. 251 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 186-187; R. Bifulco, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 492-493; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 141-142; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 648 ss.

<sup>40</sup> Sottolineano questo aspetto P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 362; E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 547.

<sup>41</sup> Sul paragone con le decisioni tedesche si soffermano N. Fiano, "Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli". *Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* (25-10-2018), p. 1 ss.; M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 6-7; M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito*, cit., p. 7 e 11-12 (che parla di parallelismo evidente con il modello tedesco); D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione*, cit., p. 10 ss.; E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 548-549 (che richiama sia l'esperienza austriaca che quella tedesca); M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti la Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 6-7 e 12. Ritene, invece, problematica la comparazione con le sentenze tedesche G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, cit., p. 2492 ss., il quale tende ad enfatizzare tra la diversità esistente tra i due diversi costituzionali.

<sup>42</sup> Cfr. §§ 31, comma 2, e 79 *BverfGG*. Sulle decisioni di incompatibilità, si vedano A.A. Cervati, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, cit., p. 295 ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 101 ss.; Id., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 36 ss.; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 29 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 335-336; K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, IV ed., München 1997, p. 269 ss.; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 55-56, 156 ss.; F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 152-153, 154-155; M. Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, III ed., Tübingen 2010, p. 48-49, 68 ss.; M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 40 ss.; N. Fiano, *Il governo degli effetti della declaratoria di incostituzionalità: considerazioni alla luce delle Unvereinbarerklärungen adottate dal Bundesverfassungsgericht*, ivi, p. 507 ss.; Id., "Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli", cit., p. 1 ss.

<sup>43</sup> Di un vero e proprio arsenale parla A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 133. Sulla molteplicità degli strumenti elaborati in via di prassi, inoltre, si vedano Id., *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, cit., p. 288, 291 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 335 ss.; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 54 ss.; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino 2007, p. 146; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 182; M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 40.



incompatibilità si collocano in una posizione intermedia tra quelle che dichiarano la nullità (*Nichtigkeit*)<sup>44</sup> della disposizione per contrasto con il *Grundgesetz* e quelle che ne affermano, invece, la compatibilità (l'equivalente delle sentenze di rigetto italiane), in quanto volte a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma legislativa, ma senza toccarne l'esistenza. In questo modo, il *Bundesverfassungsgericht*, pur senza rinunciare al proprio ruolo di garanzia, fa salva la discrezionalità del legislatore, al quale spetta un dovere di riforma della norma dichiarata incompatibile<sup>45</sup>.

L'ordinanza in questione rientra tra le decisioni di *Unvereinbarkeit* piuttosto che tra le decisioni monitorie (*Appelentscheidungen*), perché queste ultime rimangono comunque decisioni con cui si afferma la compatibilità della disposizione legislativa con la costituzione, anche se poi si avverte, tramite monito, che in futuro o da un certo momento il Tribunale Costituzionale potrebbe cambiare opinione e la normativa potrebbe essere ritenuta non più conforme<sup>46</sup>. Sebbene i moniti al legislatore vi siano in entrambe le decisioni<sup>47</sup>, solo nelle prime viene affermata esplicitamente la contrarietà a costituzione. La lettura dell'ordinanza sembra confermare questa interpretazione, in quanto la Corte afferma che nell'art. 580 cod. pen. c'è un *vulnus* ai principi costituzionali, al quale ritiene di non potervi porre rimedio attraverso la mera estromissione dall'ambito applicativo delle disposizioni penali nei confronti dei soggetti che si trovino nelle stesse identiche situazioni<sup>48</sup>, né, come detto, attraverso il meccanismo della doppia pronuncia.

C'è da dire, peraltro, che la dottrina italiana ha spesso preso a modello le decisioni tedesche di incompatibilità, accostandole ai diversi dispositivi elaborati in via di prassi dalla nostra

<sup>44</sup> Si vedano M. Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 47; H. Maurer, *Staatsrecht, I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen*, IV ed., München 2005, p. 700 ss.; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 88 ss.; K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 261 ss.

<sup>45</sup> Si veda M. Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., p. 111, che insiste sul fatto che la declaratoria di incompatibilità alla tedesca richieda una stretta collaborazione tra il giudice costituzionale e il legislatore, in particolare per quanto riguarda la disposizione di questo ultimo a seguire le indicazioni del primo. Sul *Nachbesserungspflicht*, inoltre, si vedano anche G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 40 ss.; K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 286 ss.; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 297 ss.

<sup>46</sup> Sulle *Appelentscheidungen*, si vedano A.A. Cervati, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, cit., p. 294-295; R. Pinardi, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., p. 99 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., p. 336-337; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 265 ss.; G. Parodi, *La Germania e l'Austria*, cit., p. 223; M. Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 50.

<sup>47</sup> Tende tuttavia a relativizzare la portata dell'obbligo di riforma da parte del legislatore in caso di indicazione di un termine (*Fristsetzung*) A.A. Cervati, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, cit., p. 294-295, secondo cui le affermazioni della giurisprudenza costituzionale tedesca sono controverse in dottrina. Si veda anche N. Fiano, *"Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli"*, cit., p. 4, secondo cui non esistono strumenti giuridici idonei ad obbligare il legislatore a conformarsi al dovere di intervenire sul piano legislativo, in quanto il Tribunale Costituzionale non può sostituirsi all'opera di bilanciamento che spetta al legislatore. Così anche G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, cit., p. 2493-2494.

<sup>48</sup> C. cost., ord. n. 207/2018, § 10 del *Considerato in diritto*.

Corte: esse sono state infatti richiamate per quanto riguarda le sentenze additive<sup>49</sup>, le sentenze additive di principio<sup>50</sup>, le decisioni manipolative sul piano temporale<sup>51</sup>, le decisioni di inammissibilità<sup>52</sup>, le decisioni monitorie<sup>53</sup>, le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>54</sup>, e finanche varie tipologie di esse<sup>55</sup>. È interessante notare, inoltre, come l'adozione di questo tipo di decisioni fosse stata suggerita anche da due attuali giudici costituzionali come alternativa ai problemi derivanti dagli effetti demolitori della dichiarazione di illegittimità costituzionale. Nel commentare criticamente la sentenza n. 70/2015<sup>56</sup>, Augusto Barbera aveva rilevato come gli effetti negativi della decisione sulle finanze pubbliche avrebbero potuto essere contenuti o differendo solo *pro futuro* gli effetti

<sup>49</sup> Cfr., in proposito, L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 303 ss., il quale, tuttavia, tende a sottolineare anche le differenze tra le due tipologie di sentenze. In senso simile, si veda anche G. D'Orazio, *Il legislatore e l'efficacia temporale delle sentenze costituzionali*, cit., p. 367 ss.

<sup>50</sup> Si vedano G. Cerrina Feroni, *Giurisprudenza costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 56; L. Paladin, *Considerazioni preliminari*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., p. 7 ss., spec. p. 11-12. Va peraltro rilevato che Paladin, nel Convegno di Trieste di due anni prima (si veda Id., *Saluto*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit., p. 3 ss.), aveva auspicato la possibilità di differenziare e circoscrivere le decisioni dichiarative della illegittimità costituzionale, nonché di graduare l'efficacia delle pronunce di accoglimento, come mezzi di rafforzamento della giustizia costituzionale (ivi, p. 7). Sul paragone tra sentenze di incompatibilità ed additive di principio si sofferma anche M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 44, la quale cita a suffragio C. cost., sent. n. 170/2014.

<sup>51</sup> Cfr., in proposito, B. Caravita, *La modifica della efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti pratici e teorici*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., p. 243 ss., che, per quanto riguarda la problematica della modifica della efficacia temporale delle sentenze, cita come esempi straniera la *Fristsetzung* austriaca e le decisioni di *Unvereinbarkeit*. Di diverso avviso sembra, invece, A. Cerri, *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento «datate»*, cit., p. 148, secondo il quale il riferimento alle decisioni di *Unvereinbarkeit* risulterebbe scarsamente utile nei casi in cui l'incostituzionalità è o sembra sopravvenuta, tranne forse il caso in cui la violazione dell'uguaglianza non può essere eliminata con sentenza additiva.

<sup>52</sup> Cfr., in proposito, A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 131 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 216-217; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 231. Lievemente diversa è la posizione di M. Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., p. 111, secondo il quale le decisioni di incompatibilità sono adottate dal Tribunale Costituzionale Federale nei casi nei quali la Corte costituzionale italiana utilizza una pronuncia additiva o sostitutiva, ovvero di inammissibilità.

<sup>53</sup> Si veda F. Modugno, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., p. 13 ss., spec. p. 20-21, ove sottolinea che le decisioni che lanciano un monito al legislatore – Modugno cita C. cost., sent. n. 206/1974 e 67/1984 – somigliano, per un verso, alle sentenze tedesche di sospensione della dichiarazione di nullità, e, per un altro verso, alle decisioni di incompatibilità.

<sup>54</sup> Sul paragone tra decisioni di *Unvereinbarkeit* e sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, si veda R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 100-101. In senso simile, anche A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 187, i quali citano C. cost., sent. nn. 466/2002, 61/2006, 23/2013 (ove addirittura la Corte arriva a prospettare diverse soluzioni, alternative tra loro, lasciando però al legislatore la scelta finale).

<sup>55</sup> Si veda G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 3, 21 ss., che richiama l'esperienza tedesca della *Unvereinbarerklärung* a proposito delle decisioni di inammissibilità fondate sull'argomento della discrezionalità del Parlamento, delle decisioni monitorie, anch'esse per lo più di inammissibilità, e delle sentenze additive caratterizzate da dispositivi generici o indeterminati. Diversa è la posizione di G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 402, che, dopo avere inserito le dichiarazioni di incompatibilità tra le decisioni con modulazioni degli effetti nel tempo, e dopo avere rilevato che in Italia il ricorso ad un meccanismo simile (lo scarto temporale esistente tra il riconoscimento dell'incostituzionalità e la dichiarazione di incostituzionalità) si è avuto solo in casi circoscritti – Zagrebelsky e la Marcenò citano in proposito C. cost., sent. nn. 467/1991; 125 e 256 del 1992 –, soggiungono che le decisioni con cui la Corte costituzionale riconosce l'incostituzionalità della legge in quanto disciplina stabile, ma non la dichiara tale in quanto disciplina solo temporanea – Zagrebelsky e la Marcenò citano C. cost., sent. nn. 266 e 501 del 1988; 310/2003 – si collocano a metà tra le decisioni tedesche di incompatibilità e quelle di costituzionalità provvisoria con monito al legislatore.

<sup>56</sup> Un giudizio sostanzialmente positivo della sentenza n. 70/2015 è in M. Picchi, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento*, cit., p. 17-18, che inserisce, al pari dell'ord. n. 207/2018, tra le pronunce volte a valorizzare la dimensione parlamentare della vita democratica.

della dichiarazione di incostituzionalità, oppure percorrendo la via della dichiarazione di incompatibilità<sup>57</sup>. D'altra parte, lo stesso giudice relatore, Franco Modugno, aveva ben chiari scopi e funzione della *Unvereinbarerklärung*, avendone auspicata la sua introduzione, finanche in via pretoria, dai primi anni ottanta del XX secolo<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr., in proposito, A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC* 2015, n. 2 (15-5-2015), p. 4-5.

<sup>58</sup> Cfr. F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., p. 584; Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., p. 153; A. Celotto, F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 705.

### 1.3. I problemi giuridici

Alla luce di tutto ciò si evince chiaramente che la scelta della Corte non sia stata estemporanea, ma la conseguenza di una analisi accurata. Questo non vuol dire, tuttavia, che non vi siano problemi giuridici anche con questa decisione<sup>59</sup>. Il primo problema che si pone è se effettivamente la Corte costituzionale possa sospendere o meno il proprio giudizio nell'attesa della risposta da parte del legislatore. La Corte giustifica questa sua decisione facendo leva «sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»<sup>60</sup>. L'espressione non è molto felice perché potrebbe lasciare intendere che la Corte si consideri *legibus soluta* e assurga quasi a quel ruolo di organo supersovrano paventato da Orlando<sup>61</sup>. In generale, se non può negarsi la possibilità, e forse anche l'opportunità, che, nella individuazione delle regole del processo costituzionale, vi sia anche un apporto della stessa Corte costituzionale, attraverso la propria giurisprudenza e nei limiti ad essa consentiti, appare comunque eccessivo ritenere che il campo del processo costituzionale debba essere lasciato interamente alla autoregolamentazione della Corte<sup>62</sup>. Tuttavia, ad una lettura più attenta, molti di quei timori cessano di essere tali<sup>63</sup>, se non altro perché una strategia consolidata della Corte costituzionale, al fine di prevenire pericolose discontinuità, consiste

<sup>59</sup> Sui problemi giuridici del seguito si interroga in particolare M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito*, cit., p. 15 ss.

<sup>60</sup> C. cost., ord. n. 207/2018, § 11 del *Considerato in diritto*. Polemico nei riguardi di questa affermazione è A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., p. 571; Id., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale*, cit., p. 108. Critica è anche C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., p. 14, secondo la quale l'impiego stabile di questa tecnica decisoria potrebbe aprire la via ad un cortocircuito istituzionale. Una diversa ricostruzione è quella di P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 365, secondo cui non creerebbe alcun problema l'esistenza di un potere di gestione riferibile al proprio calendario, ed alla possibilità che la trattazione di una questione possa subire slittamenti temporali. Il problema, prosegue Carnevale il differimento della decisione è accoppiato ad una trattazione della *quaestio* in cui viene affrontato il problema di costituzionalità evocato. Su questa questione, infine, si veda anche AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 214 ss.

<sup>61</sup> Cfr. V.E. Orlando, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1951, p. 5 ss., spec. p. 34 ss.; Id., *Discussione del progetto di Costituzione (seduta del 10 marzo 1947)*, in Id., *Discorsi parlamentari pubblicati per deliberazione della Camera dei Deputati*, Roma 1965, vol. IV, p. 1623 ss., spec. p. 1634 e 1639.

<sup>62</sup> Così E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 334, i quali soggiungono (ivi, p. 336) che negli ultimi anni vi sono stati atteggiamenti ed affermazioni della Corte in cui la violazione delle regole processuali era apertamente affermata e non smentita (e citano in proposito C. cost., sent. nn. 1/2014 e 35/2017; 170/2014; 10/2015). In questo contesto, una disciplina del processo costituzionale che riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituisce, secondo gli autori, il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni. In senso simile, si veda E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 532, secondo il quale è evidente che se la condotta processuale tenuta nel singolo procedimento risultasse meramente funzionale e servente alle ragioni di merito sottese a *quello specifico* giudizio, verrebbe completamente meno la funzione stabilizzatrice che le norme processuali, quand'anche elastiche sotto il profilo dell'*interpretazione* o – addirittura – dell'*applicazione*, hanno il compito di esercitare.

<sup>63</sup> Cfr., in proposito, P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 365, secondo il quale si tratterebbe di un tentativo, peraltro limitato, di adattamento delle regole processuali ai valori costituzionali sostantivi in gioco, funzionale alla loro migliore soddisfazione. In senso simile, P. Passaglia, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 224, secondo cui la creazione sul lato processuale era probabilmente da ritenersi il male minore. Ancor più favorevole è G. Salvadori, ivi, p. 228, secondo cui la Corte ha agito nel rispetto delle forme processuali, forzando meno del passato le regole. Si veda, infine, anche M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito*, cit., p. 13 ss., il quale, partendo dalla premessa che la Corte possa governare con ampia discrezionalità il proprio calendario di udienza, ritiene comunque che in questo caso è diversa la finalità del rinvio, in quanto la Corte non intendeva aspettare un processo politico già in corso o astenersi dall'interferire con esso, quanto piuttosto attivare lei stessa un nuovo processo politico.

proprio nella dilazione dei tempi processuali, in modo da consentire agli organi legislativi di modificare la disciplina *sub iudice* prima dell'annullamento<sup>64</sup>.

In secondo luogo, occorre domandarsi cosa potrebbe succedere ai processi in cui si deve applicare la stessa normativa nella pendenza del termine assegnato al legislatore<sup>65</sup>. Bisogna considerare che c'è una fondamentale differenza in ordine all'efficacia delle decisioni tra il Tribunale Costituzionale Federale e la nostra Corte: mentre in Germania anche le sentenze di rigetto hanno efficacia *erga omnes* nella parte portante della motivazione<sup>66</sup>, in Italia l'efficacia *erga omnes* riguarda solo le sentenze di accoglimento. Inoltre, va tenuto presente che il *Bundesverfassungsgericht* dispone di una serie di mezzi per sospendere o meno l'applicazione della normativa dichiarata incompatibile, mentre la nostra Corte non sembra averli<sup>67</sup>. Si discute in dottrina sulla configurabilità o meno di un potere cautelare generale

<sup>64</sup> Cfr., in questo senso, R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 75 ss., che distingue tra gli strumenti che la Corte utilizza per rinviare il momento della deliberazione del dispositivo caducatorio (riunione dei procedimenti, adozione di ordinanze istruttorie, attivazione della procedura di autorimessione, rinvio di una udienza già fissata), e l'allontanamento nel tempo del prodursi degli effetti ricollegabili al dispositivo di accoglimento già deliberato.

<sup>65</sup> La Corte, infatti, si limita a mantenere la sospensione del giudizio *a quo*, ma rimette agli altri giudici la scelta se, alla luce di quanto indicato nell'ordinanza, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa *in parte qua* (cfr. C. cost., ord. n. 207/2018, § 11 del *Considerato in diritto*). Sostiene l'inapplicabilità della disposizione da parte dei giudici M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 5, 7-8. Critico nei riguardi di questa affermazione è A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocorno costituzionale*, cit., p. 574. Nello stesso senso, si veda anche G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, cit., p. 4. Nega che l'ordinanza della Corte abbia efficacia *erga omnes* anche E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 554 ss., il quale esclude che i giudici diversi dal giudice *a quo* siano obbligati a sospendere il processo o ad inviare questioni di legittimità costituzionale. Di un rischio di ritardata giustizia per tutti coloro che si trovavano in casi analoghi a quello di Cappato parlava, invece, C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., p. 14. È da tenere presente, peraltro, che, in caso di inerzia da parte del legislatore quando la Corte costituzionale abbia adottato una sentenza additiva di principio, il giudice non può sospendere il giudizio nell'attesa che intervenga il legislatore, ma, anzi, è tenuto, in virtù dei suoi poteri interpretativi, a risolvere il caso applicando il principio individuato dalla Corte costituzionale. Cfr., in proposito, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 339.

<sup>66</sup> Cfr. § 31, commi 1 e 2, *BverfGG*. Sull'efficacia delle sentenze del *Bundesverfassungsgericht*, si vedano E. Friesenhahn, *Zum Inhalt und zur Wirkung des Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichtes*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano 1970, vol. I p. 669 ss.; H.G. Rupp, *Il valore dei precedenti nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1971, p. 83 ss.; F. Modugno, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., p. 567 ss., nota 66; A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 131 e 134; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 85 ss., 134 ss.; C. Hillgruber, C. Goos, *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg 2004, p. 6, 246-247; M. Sachs, *Verfassungsprozessrecht*, cit., p. 71-72.

<sup>67</sup> Sottolineano questo aspetto G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, cit., p. 2494-2495; Id., *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, p. 313-314, nota 7; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 231; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 217; Id., *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento «datate»*, cit., p. 148-149; M. Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., p. 110; R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 37-38; Id., *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 116. Per queste ragioni, mi sembra discutibile l'affermazione di M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 6, secondo cui solo la soluzione italiana sarebbe ineccepibile sul piano della legalità processuale rispetto a quella tedesca. È da rilevare, peraltro, che lo stesso Bignami, pur sostenendo l'inapplicabilità della disposizione ad ogni giudizio, ammette che vi sono problemi in quei casi in cui l'intervento del giudice non è contemplato (ivi, p. 8). Sui poteri del *Bundesverfassungsgericht* di sospendere l'applicazione della normativa dichiarata incompatibile, inoltre, si vedano D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione*, cit., p. 12; M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 42-43; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 212 ss.; K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 280 ss.; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., p. 35 ss.; A.A. Cervati, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, cit., p. 295 ss.

della Corte, argomentando sulla base di quanto previsto già dalla l. n. 131/2003 per il giudizio in via diretta o di azione, ma restano tutta una serie di problemi e di ragioni di perplessità in ordine ad una simile innovazione<sup>68</sup>.

Si potrebbe ribattere che la soluzione adottata nell'ord. 207/1018 non ha nulla a che vedere con le decisioni tedesche di incompatibilità, ma non è altro che la riproduzione pedissequa di quanto aveva suggerito Alberto Predieri nel già citato seminario sugli effetti temporali delle sentenze della Corte<sup>69</sup>. Avvalendosi del fatto che l'art. 30 l. n. 87/1953 si riferisce al dispositivo della decisione, e quindi postula una differenza tra dispositivo e motivazione presente nella legge, Predieri ipotizzava che la Corte determinasse con propria ordinanza che la decisione della sentenza avesse luogo in una data non superiore a due anni, dando così tempo al Parlamento di modificare la normazione adeguandosi ai criteri enunciati dalla Corte<sup>70</sup>. Tuttavia, a questa obiezione si potrebbe a sua volta replicare che il convitato di pietra di quel seminario erano le decisioni tedesche di incompatibilità, a cui facevano riferimento praticamente tutte le relazioni e gli interventi.

L'uso di strumenti mutuati dal *Bundesverfassungsgericht* potrebbe comunque ingenerare il sospetto che la Corte costituzionale si possa avvitare in una pericolosa china di attivismo giudiziale<sup>71</sup>, atteggiandosi quasi a clone del Tribunale costituzionale tedesco, senza peraltro disporre di quella formidabile garanzia costituita dall'opinione dissenziente<sup>72</sup>. A questa

<sup>68</sup> Cfr., in proposito, E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 366-367.

<sup>69</sup> Cfr., in tal senso, A. Predieri, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle sentenze straniere*, cit., p. 151 ss.

<sup>70</sup> Così nuovamente A. Predieri, *Considerazioni sul tema*, cit., p. 152-153. Sul paragone tra l'ord. n. 207/2018 e la soluzione individuata da Predieri si sofferma anche G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, cit., p. 2491, nota 5.

<sup>71</sup> Sui problemi dell'attivismo giudiziale, si veda *infra*, § 4.

<sup>72</sup> Sul fatto che l'opinione dissenziente in Germania costituisca una garanzia insiste A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., p. 153. Sull'opinione dissenziente, inoltre, si vedano E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 76 ss.; E. Ferioli, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Milano 2018; A. Di Martino, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli 2016; S. Cassese, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, spec. p. 50, 53-54, 79, 116, 121, 134, 227-228, 237, 251, 261-262, 275 ss., 290-291; G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune. «Alberico Gentili Lectures» Macerata, 29-30 aprile 2014*, Bologna 2015, p. 52 ss.; A. Ridolfi, *Interpretazione costituzionale, positivismo giuridico ed opinione dissenziente (Note a margine di alcune recenti pubblicazioni)*, in *Nomos* 2006, n. 1-2, p. 471 ss.; S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino 1998; A. Anzon (a cura di), *L'opinione dissenziente. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Milano 1995; C. Mortati (a cura di), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, Milano 1964. Una posizione *sui generis* è quella di S. Lieto, P. Pasquino, *La Corte costituzionale e il principio di collegialità*, in *Federalismi.it* 2016, n. 12 (15-6-2016), p. 8 ss., i quali, allo scopo di garantire la collegialità dell'organo giudicante, si dicono favorevoli all'introduzione di opinioni dissenzienti anonime, cancellando così i pericoli insiti nella pubblicazione di opinioni separate nominali. Forti perplessità nei riguardi dell'introduzione del *dissent* sono avanzate da A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 70 ss., che, pur sottolineando che il principio di collegialità non venga in alcun modo menomato dalla sua introduzione, ma, anzi, ne venga solo che a guadagnare, rilevano che, nella attuale congiuntura, caratterizzata da un'esplosiva conflittualità politico-partitica, la divulgazione dei dissensi interni alla Corte potrebbe trascinare quest'ultima nell'agone politico, compromettendone la legittimazione e l'autorevolezza. Mette in guardia da eccessivi ricorsi alla *dissenting opinion* o alla *concurring opinion* G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano. Alberico Gentili Lectures, Macerata 19-21 marzo 2012*, tr. it. a cura di B. Barbisan, Bologna 2013, p. 116 ss., secondo cui il giudice rischierebbe, in questo modo, di rendersi noioso agli occhi dei suoi stessi colleghi, finendo con l'impedire un

affermazione, tuttavia, si potrebbe obiettare che la nostra Corte, a differenza del suo omologo tedesco, non provvede in modo diretto alla ponderazione dei valori in gioco, ma, come sembra emergere anche da questa stessa pronuncia<sup>73</sup>, si limita generalmente a controllare il bilanciamento operato dal legislatore<sup>74</sup>. In ogni caso, a prescindere dal fatto che si tratti o meno di una decisione modellata su quella tedesca di incompatibilità, occorre guardare sempre con una certa cautela alla ricezione acritica di istituti elaborati in contesti costituzionali differenti, se non altro perché i trapianti di istituti stranieri, in alcuni casi, possono dare luogo a vere e proprie crisi di rigetto, e, in altri, rivelarsi inutili<sup>75</sup>.

---

fertile confronto tra gli stessi giudici. Decisamente contrari all'opinione dissenziente sono, infine, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 152 ss.; Id., *Giustizia costituzionale*, II, cit., p. 43 ss.

<sup>73</sup> Di diverso avviso sembra, invece, E. Malfatti, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 223, la quale paventa il rischio di un capovolgimento di fronte rispetto allo scenario classico della giustizia costituzionale.

<sup>74</sup> Sul bilanciamento, la bibliografia è sterminata. Tra gli innumerevoli contributi, mi limito a segnalare K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it. a cura di A. Baratta, Milano 1970, p. 251 ss.; B. Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin 1976; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; P. Häberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, tr. it. a cura di P. Ridola, Roma 1993, spec. p. 62 ss., 152-153; A.A. Cervati, *In tema di interpretazione della costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992*, Milano 1994, p. 55 ss.; A. Cerri, *I modi argomentativi del sindacato di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, ivi, p. 131 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 440 ss.; G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari 1999, p. 263 ss.; A. Vespaziani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova 2002; Id., *Il diritto costituzionale comune europeo nell'era dei bilanciamenti*, in Id. (a cura di), *Diritti fondamentali. Casi e problemi di diritto costituzionale comparato*, Torino 2009, p. 53 ss.; G. Bongiovanni, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi normativi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Roma-Bari 2005, p. 32 ss., 41 ss.; A. Longo, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Prospettive e ipotesi*, Napoli 2007, p. 101 ss.; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, p. 33 ss.; Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, p. 222 ss., 281 ss.; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, p. 173 ss.; Id., *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna 2017, p. 143 ss.; R. Bifulco, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 354-355; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 338; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, cit., p. 765-766; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale, I. Storia, principi, interpretazioni*, II ed., Bologna 2018, p. 133 ss.

<sup>75</sup> Perplexità nei riguardi di una ricezione nel nostro sistema di giustizia costituzionale della *Unvereinbarerklärung* sono avanzate da M. Luciani, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento*, cit., p. 112, secondo il quale, in mancanza di uno specifico vincolo per il legislatore, la pronuncia di incompatibilità finirebbe per essere perfettamente equivalente ad una decisione di inammissibilità con monito.

## 2. L'inerzia da parte del Parlamento

La Corte aveva quindi investito il Parlamento del compito di riformare la normativa esistente, nel tentativo di conciliare legittimità costituzionale e discrezionalità del legislatore<sup>76</sup>. Che il tentativo di coinvolgere il Parlamento non sia però riuscito è dimostrato dal fatto che la Corte sia intervenuta nuovamente. D'altra parte, la necessità di un intervento del legislatore era stata evidenziata anche da quella dottrina che, prima ancora dell'ord. n. 207/2018, partendo dalla constatazione delle grandi difficoltà, da parte dell'organo di giustizia costituzionale, ad adottare una decisione che legittimasse in modo esplicito pratiche eutanasiche attraverso la dichiarazione di incostituzionalità degli artt. 579 e 580 cod. pen., riteneva comunque possibile introdurle tramite legge, in base al rilievo che, pur non essendo imposte dalla Costituzione, erano comunque consentite<sup>77</sup>.

Il paragone corre immediatamente ai due casi stranieri citati nell'ordinanza<sup>78</sup>, *Nicklinson v. Ministry of Justice* (2014)<sup>79</sup>, e *Carter v. Canada* (2015)<sup>80</sup>. In entrambi, infatti, i giudici avevano lanciato un monito al Parlamento affinché modificasse la normativa esistente. Tuttavia, mentre nel caso *Nicklinson* l'appello della *Supreme Court* è caduto nel vuoto<sup>81</sup>, in quanto il Parlamento britannico non ha operato alcuna modifica della *section 2* del *Suicide Act* del 1961, altrettanto non può dirsi nel caso canadese, dove, anzi, l'intenso dialogo tra Corte Suprema

<sup>76</sup> Di un tentativo di dialogo istituzionale, la cui sorte era rimessa al Parlamento, parla E. Rossi, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., p. 2. Sul problema della discrezionalità del legislatore, si veda anche G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, I, cit., p. 235 ss.

<sup>77</sup> Cfr., in questo senso, U. Adamo, *Costituzione e fine vita*, cit., p. 182 ss., 187 ss., secondo cui (ivi, p. 189) il problema nascerebbe dal fatto che ci si troverebbe dinanzi a una pluralità di interpretazioni confliggenti, tutte dotate di solide basi costituzionali.

<sup>78</sup> C. cost., ord. n. 207/2018, § 11 del *Considerato in diritto*. Su questo paragone, si veda D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione*, cit., p. 3 ss., secondo cui, oltre ad originare da vicende di fatto analoghe, le pronunce presentano significativi profili di sovrapposizione con l'ord. n. 207/2018. Sul paragone con la sentenza *Carter* insistono anche U. Adamo, *In tema di aiuto al suicidio, la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, cit., p. 4; A. D'Aloia, *In attesa della legge*, cit., p. 1. Sulla comparazione con il caso britannico e quello canadese, infine, si vedano M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito*, cit., p. 9 ss.; AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 232 ss.

<sup>79</sup> R (*Nicklinson*) v. *Ministry of Justice*; R (*AM*) v. *Director of Public Prosecutions* [2014] UKSC 38. Su questa sentenza, si vedano i commenti di M. Stellan, *La prosecution del mery killing e del suicidio assistito nel diritto inglese: una questione di public interest?*, in *Giurisprudenza Penale* 2019, n. 1-bis, p. 458 ss., spec. p. 481 ss.; G.C. Mavrantonis, *Law and Practice Following the Lord Falconer Bill: Should England and Wales Reform the Law on Assisted Dying?*, in *Cambridge Law Review* 2017, vol. II, p. 183 ss., spec. p. 195 ss.; R. Beaton, R (*Nicklinson*): *The Boundaries of Proportionality Review and the End of Life*, in *Judicial Review* 2014, vol. XIX, n. 3, p. 135 ss.; E. Wicks, *The Supreme Court Judgement in Nicklinson: One Step Forward on Assisted Suicide, Two Steps Back on the Human Rights. A Commentary on the Supreme Court Judgement R (Nicklinson) v. Ministry of Justice; R (AM) v. Director of Public Prosecutions [2014] UKSC 38*, in *Medical Law Review* 2014, vol. XXIII, n. 1, p. 144 ss.

<sup>80</sup> *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 331. Sulla sentenza *Carter*, si vedano i commenti di C. Casonato, M. Tomasi, *Constitutional Dialogues in Canada. Corte Suprema e Parlamento sulle questioni di fine vita*, in C. Murgia (a cura di), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino 2017, p. 191 ss.; G.C. Mavrantonis, *Law and Practice Following the Lord Falconer Bill*, cit., p. 200 ss.; M. Pinkesz, *Carter v. Canada: un tournant dans le droit fondamental à mourir en Canada*, in *Trinity College Law Review* 2016, vol. XIX, p. 269 ss.; O. Polipo, *La legalizzazione del suicidio assistito in Canada: quando i poteri costituzionali sono complementari*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (16-11-2016); L. Gaudino, *Novità in tema di fine vita: Canada, Inghilterra, Francia... e Friuli-Venezia Giulia*, in *Responsabilità civile e previdenza* 2015, n. 6, p. 2046 ss.; A. Di Martino, *La Corte Suprema canadese fa un overruling e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Osservatorio AIC* 2015, n. 1 (aprile 2015).

<sup>81</sup> Cfr. D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione*, cit., p. 9, secondo cui la mancata revisione della *section 2* del *Suicide Act* va vista alla luce della prudenza dei giudici britannici nell'uso della dichiarazione di incompatibilità. Sul naufragio delle proposte di modifica della *section 2* del *Suicide Act*, si veda anche G.C. Mavrantonis, *Law and Practice Following the Lord Falconer Bill*, cit., p. 204 ss.



e legislatore ha permesso di modificare la *section 241* del *Criminal Code* canadese, introducendo rilevanti eccezioni al generale divieto penale di assistenza al suicidio<sup>82</sup>. Le due diverse risposte attengono ai diversi contesti costituzionali<sup>83</sup>. Va detto anche che, mentre nel caso canadese era stato assegnato un termine perentorio entro cui il legislatore avrebbe dovuto intervenire, in U.K. ci si era soltanto limitati a verificare l'incompatibilità della normativa con il diritto alla vita privata e familiare garantito dall'art. 8 C.E.D.U., senza peraltro neanche dichiararla<sup>84</sup>.

Il Parlamento italiano, analogamente a quello inglese, ed a differenza di quello canadese, non ha dato alcun seguito ai moniti della Consulta<sup>85</sup>. Benché fossero state presentate subito dopo l'ord. n. 207/2018 una serie di proposte di legge volte a darne attuazione<sup>86</sup>, il Parlamento si è platealmente disinteressato della questione, non mettendo mai all'ordine del giorno neanche una discussione in generale. L'inadempimento ha riguardato sia la maggioranza politica che esprimeva il Governo Conte I<sup>87</sup>, sia quella che esprime il Governo Conte II, il che è per lo meno singolare visto che tra le principali proposte in materia vi era quella a prima firma del capogruppo PD al Senato<sup>88</sup>. Ma che al cambio di maggioranza politica non abbia affatto corrisposto un cambio di atteggiamento sulla questione emerge chiaramente dal fatto che non c'è stata alcuna accelerazione della discussione delle diverse proposte, e di questo ne ha preso atto la stessa Corte nella decisione successiva<sup>89</sup>.

<sup>82</sup> Sul modello canadese come paradigma di *constitutional dialogue* nell'ambito del biodiritto insistono C. Casonato, M. Tomasi, *Constitutional Dialogues in Canada*, cit., p. 208 ss.

<sup>83</sup> Per una comparazione tra caso *Nicklinson* e caso *Carter*, si veda G.C. Mavranonis, *Law and Practice Following the Lord Falconer Bill*, cit., p. 203-204.

<sup>84</sup> Una maggioranza di giudici (Neuberger, Mance, Kerr, Wilson e Lady Hale) riteneva che la *Supreme Court* potesse dichiarare l'incompatibilità sulla base della giurisprudenza di Strasburgo, ma solo Lady Hale e Lord Kerr dichiaravano esplicitamente tale incompatibilità, che, a loro avviso, non costituiva affatto un'usurpazione del ruolo del Parlamento.

<sup>85</sup> Di dialogo rivelatosi infruttuoso parla C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., p. 34. Si veda, tuttavia, G. Razzano, *Sulla relazione fra l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, cit., p. 3, che riteneva che dall'ord. n. 207/2018 non discendesse, sul piano giuridico-costituzionale, alcun dovere del Parlamento di provvedere nel senso indicato.

<sup>86</sup> Sulle diverse proposte di legge, si vedano C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., p. 17 ss.; F.P. Bisceglia, *Un principio di possibile risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita. Spunti di riflessione sull'ordinanza n. 207/2018 e su un tempestivo disegno di legge. In particolare, sull'estensione della "terapia del dolore" come valida alternativa al diritto di morire*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2019, n. 3, p. 105 ss.; E. Rossi, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., p. 6 ss.; M. Naddeo, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio nella prospettiva de lege ferenda: i progetti di legge al vaglio delle commissioni riunite Giustizia e Affari Sociali*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (23-9-2019).

<sup>87</sup> Cfr., in proposito, C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., p. 15 e 17, la quale riteneva probabile il mancato intervento, in virtù del fatto che il c.d. *contratto di governo* non prevedeva alcuna azione su questo tema. Nello stesso senso, si veda E. Rossi, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., p. 5.

<sup>88</sup> Sulla proposta a prima firma del senatore Andrea Marcucci, si veda nuovamente F.P. Bisceglia, *Un principio di possibile risposta legislativa alle domande concernenti la dignità nella fase finale della vita*, cit., p. 109 ss.

<sup>89</sup> Si veda C. cost., sent. n. 242/2019, § 3 del *Considerato in diritto*: «Deve però ora prendersi atto di come nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza. Né, d'altra parte, l'intervento del legislatore risulta imminente. I plurimi progetti di legge pure presentati in materia, di vario taglio, sono rimasti, infatti, tutti senza seguito. Il relativo esame – iniziato presso la Camera dei deputati, quanto alle proposte di legge A.C. 1586 e abbinate – si è, infatti, arrestato alla fase della trattazione in commissione, senza che sia stato possibile addivenire neppure all'adozione di un testo unificato».

È da rilevare peraltro che il Parlamento italiano è rimasto quasi sempre inerte in campo bioetico, in aperta violazione di obblighi costituzionali<sup>90</sup>, intervenendo alcune volte tardivamente – è il caso, per esempio, del testamento biologico, la cui disciplina legislativa è stata approvata soltanto con la l. n. 219/2017<sup>91</sup>, a 10 anni esatti dal caso Welby e dalla sentenza della Cassazione sul caso Englaro che ne avevano sancito la necessità, e nonostante la dottrina ne avesse approfondito tutti gli aspetti con un dibattito amplissimo<sup>92</sup> –, e, in altri casi, con bilanciamenti talmente irragionevoli da apparire privi di logica – è il caso, per esempio, della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, duramente criticata sin dalla sua approvazione per il carattere dichiaratamente ideologico, e oggetto di molteplici censure di incostituzionalità<sup>93</sup> –. Di conseguenza, non stupisce che un Parlamento come quello italiano, pachidermico ed incapace di mediare tra istanze contrapposte<sup>94</sup>, non sia stato in grado di affrontare in un anno una discussione in materia di fine vita<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Sulle leggi in materia bioetica come leggi costituzionalmente necessarie insiste A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli 2016, spec. p. 34 ss., 129 ss.

<sup>91</sup> Sulla l. n. 219/2017, si vedano i commenti C. Cupelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2017, n. 12, p. 123 ss.; U. Adamo, *Costituzione e fine vita*, cit., p. 81 ss.; Id., *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC* 2018, n. 3 (10-7-2018); S. Penasa, *La disciplina delle dichiarazioni anticipate di trattamento nella legge 219/2017: spunti di diritto comparato*, in *Diritto e salute* 2018, n. 4, p. 224 ss.; R. Fattibene, *A chi spetta la “disponibilità della disponibilità della vita”? La disciplina del fine-vita come occasione di riflessione sulla partecipazione democratica nelle questioni biogiuridiche*, in *Osservatorio AIC* 2018, n. 3 (4-12-2018); L. Busatta, *A un anno dalla legge 219 del 2017: la sostenibilità costituzionale della relazione di cura*, in *Rivista AIC* 2019, n. 2 (19-4-2019).

<sup>92</sup> Per quanto riguarda il dibattito dottrinario antecedente alla legge n. 219/2017, mi limito a segnalare F.G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano 2008; G. Cosmacini, *Il testamento biologico. Idee ed esperienze per una morte giusta*, Milano 2010; D. Neri (a cura di), *Autodeterminazione e testamento biologico. Perché l'autodeterminazione valga su tutta la vita e anche dopo*, Firenze 2010; P. Becchi, *La giustizia tra la vita e la morte. Welby, Englaro e il testamento biologico*, Torino 2012; D. Carusi, S. Castignone, G. Ferrando (a cura di), *Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione. Atti del Convegno di Genova (23 maggio 2011)*, Torino 2012; G. Salito, *Autodeterminazione e cure mediche. Il testamento biologico*, Torino 2012; A. Ridolfi, *A proposito di rifiuto delle terapie mediche e di testamento biologico in Italia*, in AA.VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli 2013, vol. II, p. 769 ss.; D. Carusi, *Tentativi di legiferazione in materia di «testamento biologico». Contributo ad un dibattito da rianimare*, Torino 2016.

<sup>93</sup> Sull'intrinseca irragionevolezza della l. n. 40/2004, si vedano F. Angelini, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche, Aggiornamento VI*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2015, p. 341 ss.; M.P. Iadicicco, *Corpo e procreazione medicalmente assistita. I nodi ancora irrisolti della disciplina italiana*, in *Questione Giustizia* 2016, n. 2, p. 238 ss.; A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., p. 75 ss.; I. Rivera, *La legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita: dal diritto legislativo al diritto giurisprudenziale, ovvero per una ridefinizione dei confini operativi del giudice delle leggi*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights* 2016, n. 2 (17-6-2016); M.T. Stile, *I rinnovati rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee. Vuoto legislativo e giudice legiferante*, Vicalvi 2018, p. 75 ss.

<sup>94</sup> Il che è singolare, visto che il Parlamento è sempre stato considerato il luogo per eccellenza della mediazione tra interessi contrapposti e del compromesso. Di diverso avviso è E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 554, secondo cui sarebbe bene evitare di accreditare l'immagine del tutto fuorviante, corriva e francamente ingenerosa del «legislatore nel torpore», incapace di raggiungere un compromesso qualunque che consenta l'approvazione di una legge sulla disciplina del suicidio assistito. Sul ruolo e la funzione del Parlamento, rinvio ad A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli 2018; G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari 2016, p. 171 ss.; P. Ridola, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino 2016, spec. p. 101 ss.; Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino 2011; F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano 2006.

<sup>95</sup> Di diverso avviso sembra E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 543, il quale si domanda retoricamente se sia ragionevole la scelta di una Corte che, stanca di emettere moniti che a distanza di quattro, cinque, sei anni il Parlamento non aveva raccolto, gli concede undici mesi (scarsi) di tempo per deliberare su tematiche che, proprio per la loro natura, erano le più lontane dalle esigenze di celerità del dibattito politico che l'ordinanza Cappato preconizzava.

Va detto comunque che non c'era da essere un granché ottimisti sulla collaborazione tra Parlamento e Corte, soprattutto se si prende in considerazione il seguito legislativo a decisioni monitorie e di incostituzionalità accertata ma non dichiarata<sup>96</sup>. Occorre domandarsi se la Corte avrebbe potuto o meno concedere una ulteriore proroga, come ipotizzato nella imminenza della seconda decisione<sup>97</sup>. La questione è quanto mai complessa. Fin dai primi commenti all'ord. n. 207/2018 due erano le posizioni delineatesi: c'era chi lo ammetteva<sup>98</sup>, e chi, invece lo negava con forza<sup>99</sup>. Una proroga era stata accordata nel caso *Carter* proprio per venire incontro alle esigenze del legislatore, in quanto il termine originario era stato ritenuto troppo breve, ed era stata richiesta una proroga di 6 mesi, che la stessa Corte Suprema, con una sentenza a maggioranza, aveva ridotto a 4 mesi<sup>100</sup>. La Corte italiana, invece, ha preferito non concedere ulteriore tempo.

La mancata collaborazione del Parlamento fa sorgere la questione su cosa avrebbe potuto fare la Corte costituzionale al posto di quello ha deciso con l'ord. n. 207/2018. È ipotizzabile che la Corte avrebbe potuto dichiarare direttamente l'incostituzionalità totale o parziale dell'art. 580 cod. pen.<sup>101</sup>, così come avrebbe potuto, mutuando una tecnica argomentativa sviluppata dalla Corte Suprema statunitense in *Trop v. Dulles* (1958)<sup>102</sup>, rilevare l'esistenza di uno *standard* evolutivo di decenza volto a prevedere delle eccezioni per quanto riguarda l'automaticità della irrogazione delle sanzioni penali in caso di suicidio assistito<sup>103</sup>. Tuttavia, l'immediata dichiarazione di incostituzionalità avrebbe avuto come logica conseguenza una contrapposizione frontale nei riguardi del Parlamento, in un momento in cui gli equilibri costituzionali sono fragili e rischiano di spezzarsi in maniera

<sup>96</sup> Sulla sostanziale indifferenza del legislatore agli inviti da parte della Corte costituzionale, si sofferma R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 131 ss., il quale, dopo avere individuato un elenco di possibili cause di tale inerzia (ivi, p. 139 ss.), rileva che una maggiore collaborazione tra la Corte e il Parlamento si riscontra nel seguito legislativo delle sentenze additive di principio (ivi, p. 152 ss.). Sul seguito parlamentare delle pronunce della Corte, si vedano anche A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 192-193. Cfr. anche M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 645 ss., che evidenzia come anche il progressivo minore uso delle sentenze additive di principio, da parte della Corte, dipenda dalle scarse risposte da parte del legislatore.

<sup>97</sup> Cfr., in proposito, U. Adamo, *Nuova maggioranza politica e nuovo (possibile) dibattito sull'aiuto al suicidio?* (14-9-2019), in [www.lacostituzione.info](http://www.lacostituzione.info). Di diverso avviso, G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, cit., p. 48, che riteneva inauspicabile ed improbabile un ulteriore rinvio.

<sup>98</sup> Ammettevano questa possibilità M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 10; G. Famiglietti, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 249; C. Luzzi, ivi, p. 251; R. Romboli, ivi, p. 257; P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 371-372; E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 562 (il quale la riteneva anche probabile); E. Rossi, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., p. 5.

<sup>99</sup> Si veda A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'invocato costituzionale*, cit., p. 575.

<sup>100</sup> *Carter v. Canada (Attorney General)*, [2016] 1 S.C.R. 13.

<sup>101</sup> Sui limiti di una di una sentenza additiva di principio o di una sentenza manipolativa in luogo del dispositivo adottato con l'ord. n. 207/2018, si vedano P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 363-364; G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, cit., p. 2491-2492.

<sup>102</sup> 356 U.S. 86 (1958). Una traduzione parziale in italiano è in J. Greenbaum, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano 1992, p. 27 ss.

<sup>103</sup> Oltre ai già citati casi *Carter* e *Nicklinson*, si potrebbero richiamare, per quanto riguarda l'esperienza inglese, anche *Purdy v. Director of Public Prosecutions*, nonché le due sentenze della Corte di Strasburgo, *Koch v. Germany* e *Gross v. Switzerland*. Per una analisi della giurisprudenza straniera e sovranazionale in materia di suicidio assistito, rinvio ad A. Ridolfi, *Il diritto a morire è un diritto costituzionalmente tutelato? (Considerazioni a partire dal c.d. caso Cappato)*, in corso di pubblicazione.

irreparabile<sup>104</sup>. È stato giustamente rilevato che conflitti politici troppo radicali su una controversia costituzionale la privano del carattere giudiziario: appare perciò fondato il comportamento di quella Corte, che, ritenendo il suo intervento controproducente, decide di non decidere<sup>105</sup>. Per questa ragione, è stato deciso di rimettere la questione al legislatore, segnalando i punti da riformare, ma riservandosi però il potere di intervenire nuovamente<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Si veda M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 661, secondo cui il monito contenuto nell'ord. n. 207/2018 legittimerebbe la Corte a fare ciò che non avrebbe potuto fare direttamente pronunciandosi subito in via definitiva.

<sup>105</sup> Così C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano 1991, p. 152. Si vedano anche G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 299-300; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, I, cit., p. 145-146.

<sup>106</sup> Un giudizio assai positivo sulla soluzione scelta dalla Corte è in M. Picchi, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento, cit., p. 14 ss.

### 3. La sentenza n. 242/2019

Preso atto della perdurante inerzia del Parlamento, la Corte è intervenuta con una nuova decisione (la sent. n. 242/2019) che costituisce la naturale conseguenza della decisione di incompatibilità adottata l'anno precedente<sup>107</sup>. Prima di essa, era discusso in dottrina se l'intervento del giudice delle leggi fosse automatico o meno in caso di inerzia da parte del legislatore<sup>108</sup>. La sentenza n. 242/2019 chiarisce definitivamente il legame genetico tra le due decisioni<sup>109</sup>. La Corte motiva il suo nuovo intervento in virtù del fatto che il rinvio operato dall'ord. n. 207/2018 rispondeva, con una tecnica diversa, alla stessa *ratio* sottesa al meccanismo della doppia pronuncia, con la logica conseguenza che, decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve comunque prevalere sull'esigenza di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore<sup>110</sup>, al fine di 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»<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> Di una regolamentazione praticamente presa di peso o quasi dalla decisione interlocutoria dello scorso anno parla A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito*, cit., p. 3. Cfr. tuttavia, M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti la Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 7-8, la quale, dopo avere rilevato che la Corte accoglie la questione sulla base del perimetro tracciato nell'ord. n. 207/2018, evidenzia la non perfetta sovrapposibilità tra le due diverse decisioni. Sulle differenze esistenti tra le due decisioni insiste anche A. Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., p. 213 ss.

<sup>108</sup> Riteneva automatica la dichiarazione di incostituzionalità in caso di inerzia da parte del legislatore M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 5 e 10. In senso simile, si vedano C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., p. 15 (secondo cui dalla lettura dell'ordinanza emergeva chiaramente che, in caso di inerzia da parte del Parlamento ci sarebbe stata una sentenza caducatoria); G. Repetto, *La Corte, il caso Cappato e la "parola che squadra da ogni lato"*, cit., p. 2. Critico era, invece, A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale*, cit., p. 574-575, che rilevava come fosse astrattamente possibile che la Corte potesse contraddire sé stessa. In senso simile, si veda anche Id., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda*, cit., p. 108-109. Dubbi sulla automaticità anche da parte di E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 558 ss., secondo cui argomenti di ordine formale e sostanziale facevano ritenere che la Corte restasse padrona della causa e del suo esito. Perplexità sulla tesi di Ruggeri sono, invece, espresse da M. Picchi, *«Leale e dialettica collaborazione» fra Corte costituzionale e Parlamento*, cit. p. 14 e 16. Sui rischi di decisioni di accoglimento, si veda M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito*, cit., p. 18, secondo cui la prospettiva di un accoglimento avrebbe istradato la Corte costituzionale verso gli ardui problemi preconizzati da Sunstein. Diversa è la prospettiva di G. Campanelli, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 247, il quale riteneva che la mancata pronuncia di incostituzionalità avrebbe comportato l'auto-delegittimazione della Corte. In senso simile, anche L. Madau, *ivi*, p. 251-252.

<sup>109</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 242/2019, § 4 del *Considerato in diritto*: «In assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte 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». Sottolinea questo aspetto anche C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., p. 41. Di un legame di continuità tra prima e seconda trattazione parlava P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 369.

<sup>110</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 4 del *Considerato in diritto*. Che la discrezionalità del legislatore non potesse essere invocata in caso di omissione era anche la conclusione di M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 661.

<sup>111</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 4 del *Considerato in diritto*, che richiama, a sua volta C. cost., sent. n. 99/2019, § 2.1 del *Considerato in diritto*. Sul problema delle zone franche, diventato centrale nell'ambito del dibattito pubblico con la ammissibilità della questione legittimità costituzionale posta dalla Corte di Cassazione sulla legge elettorale, rinvio a M. Benvenuti, *Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sent. n. 1/2014 della Corte Costituzionale. Prime considerazioni interlocutorie a margine dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale*, in *Nomos* 2013, n. 3; A. Anzon Demmig, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità)*, *ivi*; F. Dal Canto, *La legge elettorale dinanzi alla Corte costituzionale: verso il superamento di una zona franca? (nota a Corte di Cassazione, I Sez. civile, ord. n. 12060/2013)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna* (14-6-2013); F. Lanchester, *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, Milano 2014, p. 217 ss.; G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., p. 25 ss.

La Corte prosegue ricordando che la carenza di una disciplina legislativa non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>112</sup>, e che quando questi vuoti, pur in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), essa può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi ad un mero annullamento 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<sup>113</sup>. Tuttavia, che l'intervento legislativo sia comunque necessario viene ribadito nella parte finale del *Considerato in diritto*, in cui viene di nuovo lanciato un nuovo pressante invito al Parlamento a modificare la normativa esistente<sup>114</sup>.

Da tale argomentazione emerge chiaramente che quello della Corte è un intervento manipolativo<sup>115</sup>. Quanto alla individuazione della tipologia di decisione, dalla lettura del breve comunicato stampa emesso nella serata del 24 settembre, sembravano emergere due diversi tipi di sentenza: o una additiva di principio<sup>116</sup>, o una interpretativa di accoglimento<sup>117</sup>. A rigore, la lettura del comunicato stampa poteva fare intendere che si potesse trattare anche di una interpretativa di rigetto, ma questo tipo di decisione era logicamente esclusa dall'ord. n. 207/2018<sup>118</sup>. Leggendo le motivazioni della sentenza, si può

<sup>112</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 4 del *Considerato in diritto*, che richiama, a sua volta, C. cost., sent. n. 59/1958.

<sup>113</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 4 del *Considerato in diritto*, che richiama, a sua volta, C. cost., sent. nn. 40/2019; 233/2018; 222/2018; 236/2016.

<sup>114</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 9 del *Considerato in diritto*. Polemico nei riguardi di questa affermazione è A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito*, cit., p. 3.

<sup>115</sup> Di una pronuncia di tipo manipolativo parla M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti la Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 8 ss.

<sup>116</sup> Sulle sentenze additive di principio, si vedano A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 253 ss.; Id., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 270 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 173 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 145 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale, II*, cit., p. 241 ss.

<sup>117</sup> Sulle interpretative di accoglimento, si veda A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 239-240; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 156 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale, II*, cit., p. 221 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 137. Perplexità sull'adozione di una interpretativa di accoglimento erano state avanzate da G. Repetto, *La Corte, il caso Cappato e la "parola che squadra da ogni lato"*, cit., p. 7, secondo cui si sarebbero posti per questo tipo di decisione problemi di approntamento di una disciplina in grado di non dare luogo all'*horror vacui* temuto dalla Corte stessa. Di opposto avviso, G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, cit., p. 45 ss., secondo cui (ivi, p. 47) la interpretativa di accoglimento sarebbe la sola soluzione compatibile con tutte e tre le diverse parti di cui si comporrebbe l'ord. n. 207/2018.

<sup>118</sup> Cfr., in questo stesso senso, anche G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, cit., p. 44, secondo cui la sentenza interpretativa di rigetto presuppone, da un punto di vista concettuale, l'assenza di una incostituzionalità, in quanto della disposizione impugnata si può dare un'interpretazione conforme alla Costituzione. Di conseguenza, essa implica che non siano necessari né una declaratoria di incostituzionalità, né, tanto meno, un intervento del legislatore. Perplexità sulla interpretativa di rigetto anche da parte di G. Repetto, *La Corte, il caso Cappato e la "parola che squadra da ogni lato"*, cit., p. 6, con la motivazione che una scelta di questo tipo, benché poco invasiva, avrebbe finito con lo scaricare solo sui giudici il problema di ricostruire il quadro regolatorio. Di diverso avviso era, invece, M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 660-661, secondo cui l'ord. n. 207/2018 lasciava aperta la possibilità che, in caso di omissione da parte del legislatore, la Corte avrebbe potuto dichiarare l'incostituzionalità della disposizione con una manipolazione del testo molto ampia, ben oltre le rime obbligate, oppure adottare una interpretativa di rigetto che avesse allentato, in virtù del monito, la resistenza che la lettera della disposizione censurata sembrava opporre ad una lettura costituzionalmente orientata della

parlare di una additiva di principio, seppur con alcune peculiarità<sup>119</sup>. Una sentenza additiva di principio, d'altra parte, era il tipo di decisione che appariva più logica sin dai primi commenti alla ord. n. 207/2018<sup>120</sup>.

La Corte dichiara incostituzionale l'art. 580 cod. pen. per violazione degli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 l. n. 219/2017, 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<sup>121</sup>. Quanto alle questioni di legittimità costituzionale sollevate per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 2 e 8 C.E.D.U., la Corte le ritiene assorbite, così come ritiene assorbite le questioni attinenti alla misura della pena<sup>122</sup>.

Una ulteriore peculiarità della decisione riguarda gli effetti sul piano temporale della pronuncia<sup>123</sup>. Mentre i requisiti procedurali individuati dalla stessa Corte quali condizioni per la non punibilità dell'aiuto al suicidio prestato a favore di persone che versino nelle situazioni indicate valgono solo per i fatti successivi alla pubblicazione della sentenza nella G.U., tali requisiti non valgono per i fatti anteriori, come quello da cui è sorta la

---

stessa, portando ad escludere la configurabilità del reato ove il suicida versasse nelle condizioni descritte dalla stessa ord. n. 207/2018. Riteneva possibile una interpretativa di rigetto anche P. Carnevale, *Incappare in... Cappato*, cit., p. 370-371.

<sup>119</sup> Cfr. R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani*, cit., p. 17, secondo cui si tratterebbe di una additiva di principio, che, per alcune sue parti, si atterrebbe ad additiva di regola e di procedura, entrambe cedevoli. Di una sentenza additiva parla, invece, F. Bertolini, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, cit., p. 323. Ulteriormente diversa è la ricostruzione che ne fa C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., p. 53, il quale parla di una sentenza ablativa parziale, suscettibile di assumere i connotati di una additiva di regola.

<sup>120</sup> In questo senso, C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., p. 15-16; G. Repetto, *La Corte, il caso Cappato e la "parola che squadra da ogni lato"*, cit., p. 6; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 661. Si veda anche E. Malfatti, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 253, la quale riteneva auspicabile, allo scopo di rendere più elastica la disciplina, una pronuncia manipolativa con corrispondente valorizzazione dell'apprezzamento del giudice, sulla falsariga di C. cost. sent. nn. 303/1996 e 349/1998.

<sup>121</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 8 del *Considerato in diritto*. Per quanto riguarda il riferimento alla l. n. 219/2017, già contenuto nell'ord. n. 207/2018, si veda A. Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale*, cit., p. 204 ss., che rimprovera alle due decisioni della Corte (sia l'ord. n. 207/2018 che, in misura minore, la sent. n. 242/2019) di avere aperto una falla nell'impianto teorico che la sosteneva, quello della distinzione tra lasciare morire e uccidere. In senso simile, riferito alla sola ord. n. 207/2018, si veda A. D'Aloia, *In attesa della legge*, cit., p. 7-8. Una critica della sentenza della Corte in virtù del fatto che avrebbe stravolto l'equilibrio, faticosamente elaborato dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina, e recepito poi dalla legislazione, è, infine, anche in F. Bertolini, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, cit., p. 317-318, 320 ss.

<sup>122</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 8 del *Considerato in diritto*. Critico su questo aspetto è A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito*, cit., p. 5, che lamenta come della C.E.D.U. si facciano spesso richiami *ad pompam*, senza praticare realmente quella mutua integrazione tra carte dei diritti.

<sup>123</sup> Sottolinea questo aspetto C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., p. 43 ss., che arriva a parlare addirittura (ivi, p. 51) di una doppia incostituzionalità dell'art. 580 cod. pen., avente come spartiacque la data di pubblicazione della sentenza della Corte sulla G.U.

questione di legittimità costituzionale<sup>124</sup>. Per questi fatti la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimane subordinata al fatto che l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse da quelle indicate, ma idonee comunque a offrire garanzie sostanzialmente equivalenti: di conseguenza, il giudice del caso concreto dovrà verificare che le condizioni del richiedente che valgono a rendere lecita la prestazione dell'aiuto – patologia irreversibile, grave sofferenza fisica o psicologica, dipendenza da trattamenti di sostegno vitale e capacità di prendere decisioni libere e consapevoli – abbiano formato oggetto di verifica in ambito medico; che la volontà dell'interessato sia stata manifestata in modo chiaro e univoco, compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni; che il paziente sia stato informato sia in ordine a queste ultime, sia in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative ed, eventualmente, alla sedazione profonda continua<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 7 del *Considerato in diritto*. Si veda C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., p. 51, che sottolinea come in virtù di questa differenziazione, un nuovo caso Cappato non sarebbe più non punibile, ma ricadrebbe integralmente nell'art. 580 cod. pen.

<sup>125</sup> C. cost., sent. n. 242/2019, § 7 del *Considerato in diritto*. Molto critica è M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti la Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 11, secondo la quale, nel demandare al giudice *a quo* di ritrovare "modalità equivalenti", la Corte abdicerebbe completamente alla *ratio* del principio di determinatezza o precisione.



#### 4. Qualche osservazione a mo' di conclusione

In questo lavoro ho provato ad argomentare come le due decisioni possano costituire un nuovo modello di doppia pronuncia, modellato, seppur con le inevitabili differenze di cui ho cercato di dar conto, sulle decisioni tedesche di incompatibilità. È evidente comunque possibilità di successo del nuovo strumento utilizzato dipende dal grado di cooperazione da parte del legislatore, analogamente a quanto accade in Germania<sup>126</sup>. E tuttavia, di fronte ad un legislatore recalcitrante a seguire le indicazioni della Corte, c'è sempre la possibilità, come dimostra il caso Cappato, di intervenire con una sentenza manipolativa che possa colmare il *vulnus* di tutela costituzionale dichiarato nella ordinanza di incompatibilità. Se questa nuova tipologia di doppia pronuncia possa avere successo dipenderà molto da come Corte e Parlamento struttureranno i loro reciproci rapporti<sup>127</sup>.

D'altra parte, è da tenere presente che meccanismi simili sono stati anche quelli utilizzati nei due casi stranieri citati nella stessa ordinanza<sup>128</sup>, sia nel caso *Carter*, dove è stato dato un termine al legislatore per provvedere alla modifica della normativa in contrasto con la Carta canadese dei diritti<sup>129</sup>, che nella stessa Gran Bretagna, dove, in virtù dello *Human Rights Act*, i giudici britannici possono dichiarare l'incompatibilità tra *statute law* e diritti garantiti dalla

<sup>126</sup> Sulla necessità da parte del legislatore di cooperare con la Corte insiste M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., p. 10.

<sup>127</sup> Si veda M. Picchi, «*Leale e dialettica collaborazione*» fra Corte costituzionale e Parlamento, cit. p. 19, secondo cui lo scopo della Corte è quello evitare di accollarsi compiti e responsabilità che non le spettano e cautelarsi nel caso in cui il Parlamento non dia risposte adeguate. Sulla necessità che la Corte debba ridefinire forme di raccordo con il potere legislativo, con la possibilità di graduare gli effetti delle decisioni, insiste M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 24, secondo la quale (ivi, p. 45) le decisioni tedesche di incompatibilità costituiscono proprio esempi di strumenti sviluppati per governare il tempo e la sostanza dell'intervento legislativo. Tra i campi di applicazione di queste rinnovate forme di raccordo con il legislatore Marilisa D'Amico (ivi, p. 46) cita proprio la riforma del codice penale del 1930. Dubbi sull'introduzione, in via giurisprudenziale, del potere di modulare nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sono avanzati da E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 367, secondo cui questa introduzione, oltre a porsi in chiaro contrasto con il carattere incidentale del giudizio, comporterebbe il riconoscimento in capo alla Corte di un potere assolutamente discrezionale, sottratto ad ogni tentativo di fissazione di criteri e presupposti.

<sup>128</sup> Cfr., tuttavia, D. De Lungo, *Comparazione e legittimazione*, cit., p. 7 ss., il quale ammonisce che le rilevanti affinità fra le tre diverse pronunce non debbono fare velo rispetto alle differenze intercorrenti tra loro, in particolare per quel che riguarda la tecnica impiegata per lasciare al legislatore uno spazio, e la tipologia di decisione: a suo avviso (ivi, p. 12), infatti, nel caso italiano l'intervento del legislatore è sollecitato mediante il rinvio a data fissa dell'udienza per la definizione, nel caso canadese con il differimento nel tempo della efficacia della pronuncia di incostituzionalità, nel caso britannico, infine, con una pronuncia di rigetto a cui si accompagna un monito al legislatore. Un duro atto di accusa nei riguardi della Corte costituzionale è quello di G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato*, cit., p. 10 ss., secondo la quale la Corte italiana non avrebbe colto lo "spirito" della decisione britannica. Sulla diversità tra ord. n. 207/2018 e caso *Nicklinson* insiste anche E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., p. 550. Ancora più polemicamente sono C. Saloi, in AA.VV., *Il Forum*, cit., p. 238-239 (secondo cui i riferimenti al caso *Nicklinson* ed al caso *Carter* non sono del tutto pertinenti); F. Spagnoli, ivi, p. 240 ss. (secondo il quale l'accostamento delle due sentenze straniere, diverse nelle motivazioni e nelle conclusioni, fra di loro ed ancor di più con l'ord. n. 207/2018, appare come un tentativo forzato di giustificare una pronuncia altamente creativa e non troppo ortodossa).

<sup>129</sup> Sul potere della Corte Suprema canadese di differire nel tempo gli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità, si veda R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 45-46. Sul *judicial review* in Canada, inoltre, si vedano T. Groppi, *La Corte Suprema del Canada, «custode della Costituzione»: alcune considerazioni sulla sua composizione e sulla procedura del controllo di costituzionalità*, in *Politica del diritto* 1997, n. 2, vol. XXVIII, p. 215 ss.; G. Campanelli, *La giustizia costituzionale e i suoi rapporti con il federalismo*, in *Amministrare* 2002, n. 1-2, p. 143 ss.; F. Rosa, *Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 2002, n. 2, p. 633 ss.

C.E.D.U.<sup>130</sup>, chiedendo perciò al Parlamento di modificare la legge dichiarata incompatibile<sup>131</sup>. Peraltro, l'introduzione di questa peculiare forma di controllo di costituzionalità nell'ambito di un sistema storicamente caratterizzato dalla *sovereignty of Parliament* è stata oggetto di forti critiche<sup>132</sup>, perché avrebbe aperto alle decisioni giudiziarie il campo delle scelte politiche<sup>133</sup>.

Una accusa simile è stata mossa anche in Italia alle due decisioni della Corte. Alcuni studiosi hanno argomentato la loro contrarietà in base al fatto che in queste decisioni vi sia stata una usurpazione del potere legislativo ad opera del giudiziario<sup>134</sup>, e finanche la soppressione della discrezionalità del legislatore<sup>135</sup>. A queste critiche, si potrebbe obiettare che, in primo luogo, la discrezionalità del legislatore non può ergersi a limite assoluto, invalicabile in caso di inerzia<sup>136</sup>. In secondo luogo, l'espansione del ruolo della giurisdizione è una diretta conseguenza della crisi sempre più evidente del circuito politico-

<sup>130</sup> Sulle implicazioni costituzionali dello *Human Rights Act*, si vedano F. Rosa, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto* 2000, n. 4, p. 679 ss.; P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, tr. it. a cura di M. Gobbo ed E.D. Cosimo, Torino 2005, p. 164 ss.; A. Torre, *Regno Unito*, Bologna 2005, p. 59 ss., 116; M. Patrono, *I giudici inglesi e le Corti europee: «alti» e «bassi» di un rapporto «difficile»*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli 2006, p. 35 ss., spec. p. 77 ss.; P. Martino, *Il dialogo giurisprudenziale, l'indipendenza delle Corti, e la funzione democratica della motivazione giudiziale: il caso britannico*, in *Ars Interpretandi* 2016, n. 1, p. 101 ss.

<sup>131</sup> Su questa importante innovazione introdotta dallo *Human Rights Act* del 1998, si vedano F. Rosa, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, cit., p. 687 ss.; P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 166; P. Martino, *Il dialogo giurisprudenziale, l'indipendenza delle Corti, e la funzione democratica della motivazione giudiziale*, cit., p. 102.

<sup>132</sup> Sulla *sovereignty of Parliament* come modello alternativo al *judicial review* insiste in particolare O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano 2014, p. 383 ss.

<sup>133</sup> Si veda A. Pin, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Milano 2017, p. 74 ss.

<sup>134</sup> Per quanto riguarda le critiche all'ord. n. 207/2018, si veda *infra*, § 1.1. Per quanto riguarda le critiche alla sent. n. 242/2019, si veda A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito*, cit., p. 4, che non esita a parlare di una sentenza-legge e di conversione di un giudice, seppur peculiare come la Corte costituzionale, al ruolo di legislatore. Che la Corte, a causa dell'inerzia da parte del Parlamento, sia stata costretta a fare il legislatore attraverso una pronuncia manipolativa è la ammissione di M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti la Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 12, la quale, tuttavia, soggiunge come in Germania il legislatore segua le indicazioni del Tribunale Costituzionale Federale, riappropriandosi del suo spazio di discrezionalità.

<sup>135</sup> Così nuovamente A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito*, cit., p. 1 ss.

<sup>136</sup> Così M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., p. 664.

rappresentativo<sup>137</sup>, e non ne è certo la causa<sup>138</sup>. Alla qualità sempre più scadente della classe politica<sup>139</sup> si è accompagnata una difficoltà sempre maggiore da parte del Parlamento ad intercettare le domande sociali, a vantaggio dei giudici<sup>140</sup>. D'altra parte, la diatriba su chi debba avere l'ultima parola sulla portata ed i limiti dei diritti, se la politica o la giurisdizione, è una questione dibattuta da tempo, e le cui risposte sono tutt'altro che definitive<sup>141</sup>.

Si potrebbe pensare che si tratti, a un secolo di distanza, della riproposizione della polemica sul c.d. *gouvernement des juges* che uno dei massimi comparatisti dell'epoca, Édouard Lambert, aveva significativamente scelto come titolo di un analitico studio sull'attivismo a tutela del *laissez-faire* e della *liberty of contract* da parte della giurisprudenza statunitense<sup>142</sup>. Ma il paragone con la *Lochner Era* non mi sembra fondato perché in questo caso le decisioni dei giudici non nascono al fine di contrastare un legislatore che accoglie le nuove istanze meritevoli di tutela, ma, tutto al contrario, colpiscono la colpevole inerzia di un legislatore incapace di adeguare la legislazione ai tempi che cambiano ed alle nuove esigenze sociali. Se proprio di attivismo giudiziale si vuole parlare, non è certo quello di un secolo fa, a tutela dei consunti dogmi dei *natural rights of property* ma quello di circa mezzo secolo più tardi, ovverosia della ineguagliabile stagione dei diritti civili, guidato dalla Corte Warren e dalla

<sup>137</sup> Sulla crisi della rappresentanza politica, la letteratura è sterminata. Mi limito a segnalare G. Amato, *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Bologna 2014, p. 153 ss.; A. Barbera, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quaderni costituzionali* 2008, n. 4, p. 508 ss.; G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari 2013, p. 47 ss.; Id., *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 222 ss.; S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, II ed., Milano 2018, p. 17 ss., 104 ss.; L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari 2011, p. 33 ss., 41 ss.; G. Grasso, *Partiti politici europei e disciplina costituzionale nazionale*, in *Nomos* 2017, n. 1, p. 14-15; F. Lancaster, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, cit., p. 164 ss., 197 ss.; Id., *Le istituzioni costituzionali italiane tra globalizzazione, integrazione europea e crisi di regime*, cit., p. 55 ss., 240 ss.; M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del Convegno, 16-17 marzo 2000*, Milano 2001, p. 109 ss.; L. Elia, *Aspetti problematici del referendum e crisi della rappresentanza politica*, ivi, p. 103 ss.; M. Volpi, *Crisi della rappresentanza e partecipazione popolare*, ivi, p. 119 ss.; A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, cit., p. 21 ss.; S. Petrucciani, *Democrazia*, Torino 2014, p. 214 ss.; P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, cit., p. 57 ss.

<sup>138</sup> Sulla espansione del ruolo del giudiziario come conseguenza della crisi della rappresentanza, sia consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali, e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra corti*, in *Rivista AIC* 2016, n. 3 (18-7-2016), p. 4 ss.

<sup>139</sup> Sulla nozione di classe politica e sulle dinamiche ad essa inerenti, rinvio ad A. Mastropaolo, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Torino 2011, p. 280 ss., spec. p. 296 ss.; L. Di Gregorio, *Demopatia. Sintomi, diagnosi e terapie del malessere democratico*, Soveria Mannelli 2019, spec. p. 35 ss., 203 ss.

<sup>140</sup> Cfr., in proposito, M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 2, secondo cui il "Caso Cappato" è l'ultima tappa di una trama complessa, che caratterizza la situazione italiana, dove da tanti anni la politica e, in particolare, le istituzioni rappresentative sono indietro, facendo emergere, sulla spinta dei bisogni delle persone, un protagonismo dei giudici, comuni e costituzionali.

<sup>141</sup> Su questi aspetti, rinvio ad O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., spec. p. 234 ss.; A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, cit., p. 48 ss.; A. Ridolfi, *Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali, e giudici comuni*, cit., p. 4-5; G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., p. 71 ss.; M.T. Stile, *I rinnovati rapporti tra Corte costituzionale e corti europee*, cit., p. 9 ss., 95 ss.

<sup>142</sup> Cfr. E. Lambert, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti. L'esperienza americana del controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi*, tr. it. a cura di R. D'Orazio, Milano 1996. Per un approfondimento, sia consentito anche il rinvio ad A. Ridolfi, *I giudici e le narrazioni dell'America (rileggendo la sentenza «Lochner v. New York»)*, in *Nomos* 2008, n. 3, p. 85 ss.; F. Saitto, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era*, in *Diritto Pubblico* 2016, n. 2, p. 669 ss.

prima Corte Burger, e culminato con *Roe v. Wade* (1973)<sup>143</sup>, periodo nel quale l'allargamento degli spazi di libertà e lo svecchiamento di una legislazione ormai obsoleta è stato determinato da una serie di coraggiose decisioni giudiziali<sup>144</sup>.

Certamente, queste due decisioni potrebbero essere interpretate, al pari della sentenza 1/2014, come un caso di dialogo tra corti finalizzato a mascherare un attivismo giudiziale di sostanza<sup>145</sup>, ma in questo caso mi sembra evidente che il peculiare dispositivo adottato nell'ord. n. 207/2018 era volto a sollecitare la collaborazione con il Parlamento, cosa che non si può dire nel caso della sentenza n. 1/2014. D'altra parte, che la Corte costituzionale rischi la sovraesposizione politica in questi ultimi tempi mi sembra ormai pacifico<sup>146</sup>: le istituzioni giudiziarie sono sempre molto esposte quando la politica è debole ed è incapace di trovare soluzioni adeguate, preferendo delegare ai giudici la risoluzione di conflitti che non sa, o non vuole proprio, gestire. Tuttavia, l'assenza della politica e la sua distanza dalle istanze dei cittadini, alla lunga, possono essere deleterie<sup>147</sup>, poiché la sostituzione delle battaglie politiche con battaglie di tipo giudiziario può mettere a rischio la separazione dei poteri, e si espone ai pericoli di strumentalizzazione<sup>148</sup>.

In conclusione, si può ragionevolmente sperare che in materia di fine vita si possa assistere a quel che si è già verificato in materia di unioni civili: l'iniziale inerzia del legislatore<sup>149</sup>, infatti, è stata superata grazie al dialogo tra corti<sup>150</sup>, ovvero sia in seguito ad una serie di

<sup>143</sup> 410 U.S. 113 (1973). Una traduzione parziale in italiano della decisione è in J. Greenbaum, *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti*, cit., p. 285 ss.; G. Buttà (a cura di) *Le dottrine costituzionali di William H. Rehnquist*, Milano 2008, p. 145 ss.

<sup>144</sup> Per una analisi più approfondita, rinvio a B. Ackerman, *We the People, 3. The Civil Rights Revolution*, Cambridge (Mass.)-London 2014; M.J. Horowitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice: A Critical Issue*, New York 1999; A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Heaven (Conn.)-London 1986; Id., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, II ed., New Heaven (Conn.)-London 1978.

<sup>145</sup> Sul paragone con la sent. n. 1/2014 insiste A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito*, cit., p. 4. Di diverso avviso è, invece, M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 16, che parla di Corte costretta ad assumere un ruolo di supplenza non voluto, a causa del silenzio da parte del legislatore. Sul dialogo tra corti volto a mascherare un attivismo giudiziale, sia consentito il rinvio ad A. Ridolfi, *Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali, e giudici comuni*, cit., p. 58 ss.

<sup>146</sup> Di una Corte costituzionale che, negli ultimi anni, pare oscillare pericolosamente verso il polo politico, a scapito di quello giurisdizionale, parlano E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 362-363, che citano come casi paradigmatici le sentenze sulle leggi elettorali (C. cost., sent. nn. 1/2014 e 35/2017), quella sul c.d. *divorzio imposto* (C. cost., sent. n. 170/2014) e quella sulla c.d. *Robin Hood Tax* (C. cost., sent. n. 10/2015). Sul passaggio della Corte costituzionale italiana da una posizione di *judicial modesty* ad una più attivista insiste S. Cassese, *Dentro la Corte*, cit., spec. p. 158, 195 ss., 251, 294 ss., 301 ss., secondo cui tra le cause dell'attivismo spiccherebbe la crisi del sistema politico. Di una accresciuta sovraesposizione del giudice delle leggi parlano, infine, G. D'Amico, D. Tega, *1993-2103: la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in S. Sicardi, M. Cavino, L. Imarisio (a cura di), *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna 2015, p. 551 ss.

<sup>147</sup> Così M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 2.

<sup>148</sup> Così nuovamente M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, cit., p. 3.

<sup>149</sup> Basti pensare al dibattito nel corso della breve e travagliata XV Legislatura, la cui snervante inconcludenza aveva quasi del surreale.

<sup>150</sup> Su questi aspetti, rinvio ad A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa 2013; A. Schillaci (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti. Desiderio e riconoscimento*, Roma 2014; L. Pedullà, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, in *Rivista AIC* 2016, n. 2 (17-4-2016)

decisioni da parte della Corte costituzionale<sup>151</sup>, delle corti sovranazionali<sup>152</sup>, e finanche dei giudici comuni<sup>153</sup>. Sono tutti questi interventi quelli che hanno portato il legislatore ad approvare una legge (la l. n. 79/2016), la quale, pur con tutti i suoi limiti e le sue mancanze, conferisce finalmente una tutela legislativa ad una serie di interessi meritevoli di tutela, e che però il legislatore aveva colpevolmente trascurato per anni<sup>154</sup>. Ecco perché, alla fine, è ragionevole sperare che il Parlamento accolga l'appello a ridisciplinare la materia<sup>155</sup>, riconoscendo il diritto ad una morte dignitosa<sup>156</sup>.

## ABSTRACT

L'articolo analizza le due diverse decisioni a cui ha dato luogo il caso Cappato (l'ord. n. 207/2018 e la sent. n. 242/2019). Secondo l'autore, esse sono inquadrabili nell'ambito di nuova tipologia di doppia pronuncia, caratterizzata dal fatto che la prima decisione non è più una mera sentenza di rigetto con monito, ma una ordinanza in cui, nel dichiarare la incompatibilità tra una disposizione legislativa e i principi costituzionali, la Corte assegna al legislatore un termine entro cui rimuovere il *vulnus* individuato. In caso di inerzia da parte

<sup>151</sup> C. cost., sent. nn. 138/2010 e 170/2014. La sentenza n. 170/2014 viene richiamata anche da E. Rossi, *L'ordinanza n. 207 del 2018*, cit., p. 3-4. Per un commento alle due decisioni del 2010 e del 2014, si veda F. Angelini, *I "compromessi sposi": la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *Rivista AIC* 2010 n. 0 (2-7-2010); Id., *Quando dirsi "sì" fa la differenza. Modelli di famiglia e orientamento sessuale*, in A. Schillaci, *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., p. 93 ss., spec. p. 102 ss.; F. Saitto, *Finché "divorzio imposto" non vi separi. Famiglia, rettificazione di sesso e scioglimento del matrimonio*, ivi, p. 170 ss.; L. Pedullà, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, cit., p. 3 ss., 11-12; A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 140 ss.; M.T. Stile, *I rinnovati rapporti tra Corte costituzionale e corti europee*, cit., p. 49 ss.

<sup>152</sup> Si veda, in proposito, A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 15 ss.; G. Repetto, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione virtuosa di un diritto*, in *Rivista AIC* 2010, n. 0 (2-7-2010); Id., *Figli irrecognoscibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Schillaci, *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, cit., p. 150 ss.; L. Pedullà, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, cit., p. 6 ss.

<sup>153</sup> Cass. civ., sez. I. sent. n. 4184/2012; Cass. civ., sez. I, sent. n. 8097/2015. Per un commento, si vedano F. Angelini, *Quando dirsi "sì" fa la differenza*, cit., p. 105 ss.; M. Di Bari, *Considerazioni a margine della sentenza 4182/2012 della Corte di Cassazione. La Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* 2012, n. 1 (28-3-2012); L. Pedullà, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. "unioni civili"*, cit., p. 7-8, 12-13; A. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 159 ss.; M.T. Stile, *I rinnovati rapporti tra Corte costituzionale e corti europee*, cit., p. 49 ss.; R. Torino (a cura di), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma 2013.

<sup>154</sup> Per un commento sulla l. n. 79/2016, rinvio ad A. Schillaci, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso: profili di diritto comparato e tenuta del principio di eguaglianza*, in *DPCE ordine* 2016, n. 3, p. 113 ss.; M.T. Stile, *I rinnovati rapporti tra Corte costituzionale e corti europee*, cit., p. 61 ss.

<sup>155</sup> Di una nuova opportunità per il Parlamento, risolleccitato – ma anche, sotto certi aspetti, aiutato – dalla Corte, parla C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa*, cit., p. 54.

<sup>156</sup> Sul riconoscimento del diritto a una morte dignitosa, mi limito a segnalare G. Maniaci, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia ed al suicidio assistito*, in *Rivista AIC* 2019, n. 1 (16-1-2019); U. Adamo, *Costituzione e fine vita*, cit., p. 173 ss.; E. Rippepe, *Eutanasia e diritto alla vita*, in I. Belloni, T. Greco, L. Milazzo (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica, II. La prospettiva filosofica. Teoria dei diritti e questioni di fine vita*, Torino 2016, p. 135 ss.; C. Lalli, *Secondo le mie forze e il mio giudizio. Chi decide sul fine vita. Morire nel mondo contemporaneo*, Milano 2014; U. Veronesi, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, a cura di L. Bazzoli, Milano 2005; C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli 2004; P. Cendon, *I malati terminali e i loro diritti*, con la collaborazione di R. Bailo, F. Bilotta, P. Cecchi, Milano 2003.

del legislatore, seguirebbe una pronuncia manipolativa volta a colmare il vuoto di tutela costituzionale individuato nella ordinanza di incompatibilità.

The article analyses the two different decisions in which the so called Cappato case resulted (order no. 207/2018 and judgment no. 242/2019). According to the author, they are to be placed among a new typology of ‘double ruling’, characterized by the fact that the first decision is no longer a mere ‘rejection with warning’ judgment, but an order in which, while declaring incompatibility between a statutory provision and the constitutional principles, the Court entrusts the lawmaker with a time limit within which the detected *vulnus* must be removed. In the event of inactivity from the lawmaker, this would be followed by a creative judgment aimed at filling the lack of constitutional protection which was identified in the incompatibility decision.