

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e
Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

a.a. 2021/2022

Titolo tesi: I limiti alle sentenze manipolative in materia penale e le più recenti tecniche decisorie adottate dalla Corte Costituzionale

Relatore: Chiar.mo Professor Guido Rivosecchi

Studentessa: Aurora Roccoberton

I LIMITI ALLE SENTENZE MANIPOLATIVE IN MATERIA
PENALE E LE PIÙ RECENTI TECNICHE DECISORIE ADOTTATE
DALLA CORTE COSTITUZIONALE

Indice

Introduzione.....	5
CAPITOLO UNO.....	10
PRINCIPIO DI LEGALITÀ' E RISERVA DI LEGGE EX ART. 25 CO.2 COST. .	10
1. L'attività giurisdizionale della Corte Costituzionale.....	10
2. Il principio di legalità ed i corollari principi di riserva di legge, irretroattività, tassatività e divieto di analogia.....	32
3. Il rapporto tra l'attività della Corte Costituzionale e la riserva di legge	48
4. I giudizi di dosimetria sanzionatoria	57
CAPITOLO DUE	71
IL LIMITE DELLE RIME OBBLIGATE E IL SUO SUPERAMENTO DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE.....	71
1. Il concetto di rime obbligate.....	71
2. L'inerzia del legislatore e la scarsa efficacia del tradizionale controllo operato mediante lo schema "interpretativa di rigetto con monito al legislatore"	86
3. Il superamento delle rime obbligate come sviluppo della tecnica decisoria della doppia pronuncia	94
4. Il problema dei giudizi ultra petita	102
5. <i>Dalle rime obbligate alle rime possibili?</i>	105
CAPITOLO TRE.....	114
GLI EFFETTI DEL SUPERAMENTO DELLE RIME OBBLIGATE E I CASI LIMITE	114
1. L'attenuazione delle rime obbligate e le nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale: il caso Cappato	114
2. La tecnica decisoria del rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018: profili tecnici 122	
3. Legittimazione della tecnica del rinvio a data fissa dal punto di vista comparatistico 132	
4. La sentenza 242/2019: semplice pronuncia di accoglimento o giudizio di dosimetria sanzionatoria?	137
5. Analisi del procedimento utilizzato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 132/2020: analogie con l'ordinanza 207/2018	151
CAPITOLO QUATTRO	158

RIFLESSIONE SULLA NATURA GIURIDICA DEL PROBLEMA	158
1. Il principio di riserva di legge e le sentenze manipolative	158
2. Il bilanciamento tra il principio di riserva di legge e gli altri principi costituzionali nelle pronunce manipolative in materia penale	179
Considerazioni conclusive.....	195
<i>Bibliografia</i>	200
<i>Indice delle pronunce giurisprudenziali della Corte Costituzionale citate</i>	203
<i>Indice delle pronunce giurisprudenziali delle Supreme Corti Canadese ed Inglese citate</i> 204	
<i>Indice delle pronunce giurisprudenziali della Corte EDU citate</i>	204
<i>Indice delle pronunce giurisprudenziali della Corte di Cassazione citate</i>	204

Introduzione

Con la presente trattazione si intende indagare il rapporto tra l'attività della Corte Costituzionale ed il legislatore, in particolare, ci si interroga circa il confine tra l'attività giurisdizionale della Consulta ed il rispetto della discrezionalità legislativa alla luce delle più recenti tecniche decisorie utilizzate dalla Corte per far fronte all'inerzia del legislatore rispetto ai moniti alla modifica della normativa.

Si intende rivolgere particolare attenzione alle sentenze manipolative adottate dalla Corte Costituzionale in materia coperta dalla discrezionalità legislativa, con peculiare rilievo dell'utilizzo di tali pronunce in diritto penale, in quanto se da un lato appare necessario il rispetto dell'art. 25 co.2 Cost., il quale prescrive l'esclusiva competenza del legislatore nella determinazione della sfera del penalmente rilevante e delle cornici edittali, dall'altro si ravvisa il rischio, adottando la tradizionale tesi formalista che prevede l'astensione della Corte Costituzionale in materia da qualsiasi intervento correttivo differente dall'originario modello di decisioni di accoglimento-rigetto, di giungere alla creazione di una zona grigia di insindacabilità costituzionale all'interno dell'ordinamento in cui non sia possibile dare alle garanzie costituzionalmente previste piena attuazione.

Per tale motivo, prendendo le mosse dall'analisi delle teorie formalista ed elastica, si indaga mediante riferimenti alle più recenti tecniche adottate dalla Corte Costituzionale, le quali sono caratterizzate da un sempre maggiore allontanamento dall'originario modello accoglimento-rigetto, se sia possibile prospettare una terza via di approccio alla questione che sia in grado di contemperare le esigenze di rispetto del principio di legalità con il pieno esercizio dei poteri della Corte Costituzionale al fine di garantire l'attuazione ed il rispetto della carta costituzionale.

A tal fine, si procede ad un'analisi del funzionamento della Corte Costituzionale e delle tecniche decisorie dalla stessa utilizzata, con particolare attenzione alle sentenze manipolative sostitutive ed additive ed alle diverse tecniche introdotte in via pretoria, evidenziando come, dagli inizi dell'attività giurisdizionale della Consulta ad oggi, queste siano sempre più distanti dall'originario modello accoglimento-rigetto fondato sul rigore formale del rispetto della discrezionalità legislativa.

Si prende anzitutto in esame la questione della rilevanza penale, evidenziando come l'attuale nozione di rilevanza accolta dalla giurisprudenza costituzionale quale influenza-disapplicazione risulti attenuata in tema di norme penali di favore al fine di consentire che anche su tali norme la Corte Costituzionale possa esercitare il proprio sindacato e di evitare la creazione di una zona grigia di insindacabilità non prevista dall'ordinamento.

Allo scopo di inquadrare il rapporto tradizionale tra attività della Corte Costituzionale e legislatore, si analizzano le pronunce di inammissibilità con monito al legislatore in rapporto alle sentenze manipolative, in particolare si rileva la natura processuale delle decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa che sono in genere pronunciate dalla Consulta in ipotesi di incidenza sulla sfera di discrezionalità legislativa o qualora la questione richiederebbe una pronuncia additiva di regola in materia penale.

Si rileva altresì come nelle ipotesi di incostituzionalità di norme la cui modifica è competenza del legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità, considerati anche i contorni sfuggenti del parametro della ragionevolezza, di sovente utilizzato dalla Corte Costituzionale per estendere il proprio sindacato alle norme coperte da riserva di legge, le funzioni assunte dalla Corte stessa sembrano avvicinarsi a quelle del Parlamento mediante l'utilizzo di pronunce manipolative additive, e al fine di indagare il compimento di tali scelte da parte della Corte Costituzionale si analizza la natura non propriamente creativa di tali pronunce, bensì interpretativa, in quanto prospettanti l'unica soluzione costituzionalmente adeguata.

Si prosegue nella trattazione analizzando il principio di riserva di legge in materia penale stabilito dall'art. 25 co.2 Cost. ed i limiti che esso implica in relazione all'attività della Corte Costituzionale in materia; in particolare si evidenzia come un'interpretazione rigida di tale principio comporterebbe l'inammissibilità in materia penale di interventi della Consulta che non rientrino nel modello accoglimento-rigetto, mentre al contrario un'interpretazione più elastica consentirebbe il rispetto delle garanzie di costituzionalità, ammettendo interventi manipolativi finalizzati a ripristinare la coerenza a Costituzione del sistema penale, quali i giudizi di dosimetria sanzionatoria.

La trattazione si incentra poi su quest'ultima tipologia di tecnica decisoria, di cui si esaminano struttura e finalità alla luce della riduzione della sfera del penalmente rilevante che esse comportano e del sempre maggiore utilizzo delle medesime negli ultimi cinque anni da parte della Corte Costituzionale.

Proseguendo nell'analisi delle più rilevanti pronunce di dosimetria sanzionatoria della Corte Costituzionale si indaga infatti circa l'ammissibilità degli stessi alla luce di un'interpretazione più elastica del principio di riserva di legge e si inquadra il problema della compatibilità dei giudizi di dosimetria sanzionatoria con il principio di legalità e con il corollario principio di divieto di analogia in materia penale.

Al fine di inquadrare compiutamente la problematica dei limiti all'attività giurisdizionale della Corte Costituzionale in materia penale, si prosegue prendendo in esame il concetto di "rime obbligate" in ragione del limite che quest'ultimo implica agli interventi manipolativi additivi secondo la celebre definizione di Crisafulli.

A tale proposito si evidenzia la scarsa efficacia riscontrata nei casi concreti in relazione all'applicazione della tecnica decisoria di "inammissibilità con monito al legislatore" tradizionalmente adottata dalla Consulta al fine di non comprimere la sfera di discrezionalità legislativa; in particolare si riscontra come essa non sia in grado di ovviare alla necessità di sanare il vulnus di incostituzionalità ai principi costituzionali in gioco, concludendosi nella maggioranza dei casi con l'inerzia del legislatore e l'applicazione della norma incostituzionale sino a nuova pronuncia della Corte.

A fronte di tale inefficacia si analizzano le tecniche decisorie alternative che la Corte Costituzionale sempre più di frequente utilizza, in particolare si pone l'accento sulla tecnica del rinvio a data fissa, ovvero della "doppia pronuncia" e sulle problematiche che essa pone in relazione al rispetto delle rime obbligate ed ai poteri di gestione del processo costituzionale.

In particolare, si evidenzia la tendenza della Corte Costituzionale ad andare oltre il limite delle rime obbligate in conseguenza all'utilizzo della tecnica della doppia pronuncia e ad ampliare il *petitum* rispetto a quanto espresso dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione, ricordando tuttavia che il superamento di tali limiti segue alla persistenza del legislatore nell'inerzia, e dunque non è possibile ravvisare, oltre alle pacificamente accettate correzioni degli errori materiali in sentenza rispetto ai

parametri indicati dal giudice a quo, un superamento del principio del chiesto pronunciato, per altro adottato nel processo costituzionale in un'ottica maggiormente flessibile rispetto al processo civile, ambito nel quale tale principio è stato ideato, ravvisando in particolare che la seconda pronuncia della Corte Costituzionale, riguardando la medesima questione, non costituisce un giudizio ultra petita.

Si prosegue nell'analisi del superamento del limite delle rime obbligate nei casi limite, procedendo alla definizione degli stessi come situazioni in cui il rispetto della discrezionalità legislativa tradizionalmente inteso comporterebbe l'inattuazione di un controllo effettivo da parte della Corte Costituzionale, e dunque ravvisando un crescendo, nell'ultimo periodo, di pronunce ove il concetto di rime obbligate perde la tipica connotazione di limite.

Pertanto, si prosegue nella trattazione analizzando i profili tecnici della tecnica decisoria del rinvio a data fissa, gli esiti delle sue più recenti applicazioni, indagando altresì i profili comparatistici di legittimazione all'utilizzo della doppia pronuncia e la natura della seconda pronuncia che consegue all'inerzia legislativa.

Alla luce degli esiti della predetta analisi, si tenta, mediante l'analisi dell'ord. 207/2018 e della sent. 242/2019, di comprendere quale approccio possa considerarsi accettabile nei cosiddetti casi limite dal punto di vista del rispetto della discrezionalità legislativa, pur tuttavia attuando un controllo di costituzionalità effettivo.

Si analizza altresì il procedimento utilizzato dalla Corte Costituzionale nell'ord. 132/2020, di poco successiva agli esiti del caso Cappato, con il quale si intende ravvisare le marcate similitudini, indici di un utilizzo della tecnica del rinvio a data fissa non quale pronuncia ad hoc per i singoli casi, bensì come tecnica pretoria in crescita negli ultimi anni in ragione della carenza di dialogo tra Corte Costituzionale e legislatore.

Presi in esame i profili di criticità del superamento del tradizionale limite delle rime obbligate nei suddetti casi limite, si prosegue la trattazione mediante una riflessione giuridica finalizzata ad inquadrare il problema del rispetto della riserva di legge e delle sentenze manipolative sotto il profilo dei necessari bilanciamenti costituzionali.

A tal fine, si prendono in esame i risvolti nell'ordinamento italiano dei tentativi di dialogo tra Corte Costituzionale e si procede ad una comparazione con i risultati ottenuti dall'ordinamento tedesco con tecniche decisorie affini.

Ci si interroga infine, sull'eventuale necessità di apportare delle modifiche ai modelli decisorii sinora utilizzati, o sull'eventualità piuttosto di individuare negli ultimi sviluppi delle tecniche decisorie un punto di partenza per favorire il suddetto dialogo, tentando di individuare la centralità della questione non tanto e non solo sugli aspetti del rigore formale del rispetto della riserva di legge, bensì sulle implicazioni sostanziali della relazione Corte Costituzionale-legislatore, proponendo una via alternativa di risoluzione della problematica.

CAPITOLO UNO

PRINCIPIO DI LEGALITÀ'E RISERVA DI LEGGE EX ART. 25 CO.2 COST.

1. L'attività giurisdizionale della Corte Costituzionale

Al fine di verificare quali siano i limiti entro cui la Corte Costituzionale può sindacare la legittimità delle norme penali, è necessario analizzare il rapporto tra l'attività giurisdizionale della Corte ed il principio di riserva di legge in materia penale.

Con particolare riferimento all'attività giurisdizionale della Corte, occorre ripercorrere l'evoluzione storica relativa alla funzione del sindacato di legittimità costituzionale.

Al riguardo, in sede di Commissione Forti, istituita per la riorganizzazione dello Stato durante l'elaborazione della Costituzione repubblicana, si contrapposero due orientamenti: da un lato, si ritenne che il controllo di legittimità fosse uno strumento di tutela dei diritti fondamentali degli individui costituzionalmente garantiti; per contro, altra impostazione ritenne che dovesse trattarsi di un mezzo di limitazione del potere legislativo e di garanzia della primazia della Costituzione.

Tuttavia, in sede di Commissione Forti prevalse quest'ultimo orientamento, al fine di garantire un rigido controllo sull'operato del Parlamento ed evitare, in tal modo, eventuali degenerazioni assolutistiche.

Al riguardo, giova premettere che la Corte Costituzionale, in quanto garante del rispetto dei principi costituzionali, è organo di chiusura dell'ordinamento, istituito al fine di consentire un controllo di legittimità costituzionale sulle leggi.

La disciplina in materia di composizione e funzionamento della Corte Costituzionale è contenuta in fonti di rango costituzionale e ordinario, quali: gli articoli da 134 a 137 Cost.; le leggi costituzionali n. 1/1948, sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte, e n. 1/1953, sul giudizio di ammissibilità dei referendum abrogativi; la legge n. 87/1953, sulla costituzione e sul

funzionamento della Corte; le norme integrative; il regolamento generale della Corte Costituzionale e i regolamenti minori, espressivi del potere di autonormazione della Corte Costituzionale.

In particolare la Costituzione attribuisce alla Corte Costituzionale il potere di giudicare, in qualità di giudice di primo e unico grado, sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica per alto tradimento e attentato alla costituzione; ne disciplina la composizione, i criteri di selezione dei giudici e le relative incompatibilità; stabilisce l'efficacia delle pronunce della Corte Costituzionale, le quali, in ipotesi di declaratoria di incostituzionalità, determinano la cessazione degli effetti della norma incostituzionale dal giorno successivo alla pubblicazione in gazzetta ufficiale della decisione; demanda alla legge costituzionale la determinazione di condizioni, forme, termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale e garanzie di indipendenza dei giudici della Corte, richiama la disciplina della legge ordinaria sulle altre norme per la costituzione ed il funzionamento della Corte e stabilisce infine l'impossibilità di impugnazione avverso le decisioni della Corte stessa.

Dunque, la Corte Costituzionale giudica sulla legittimità costituzionale delle leggi in via diretta o in via indiretta.

Quanto al primo caso, la Corte viene investita della questione di costituzionalità attraverso il ricorso in via principale, operato dallo Stato contro uno statuto o una legge Regionale o da una regione nei confronti dello statuto o delle leggi di altra regione o delle leggi statali.

Quanto al secondo caso, la Corte giudica in via indiretta, mediante il ricorso in via incidentale, con il quale un giudice nel corso di un qualsiasi giudizio qualora rinvenga una possibile incostituzionalità o una delle parti ne faccia richiesta, investe la Corte della questione.

Nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale il giudice a quo rimette alla Corte la questione di legittimità a mezzo di ordinanza di rimessione, in questa il giudice stesso deve indicare le disposizioni di legge di cui sospetta l'illegittimità costituzionale e le disposizioni costituzionali che assume violate, inoltre dalla medesima ordinanza deve risultare la non manifesta infondatezza della questione e la

rilevanza della decisione sulla legittimità costituzionale ai fini della definizione del giudizio a quo.

Nel definire i requisiti della rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio a quo la Corte Costituzionale oscilla, tendendo a dare preminenza alla seconda, tra due concezioni: una prima di mera applicabilità della norma impugnata e una seconda di influenza della decisione di accoglimento sull'esito del giudizio a quo.

Secondo quanto disposto dall'art. 23 co.2 l. 87/53 la rilevanza è condizione per la proponibilità del giudizio di legittimità costituzionale e si esplica nell'impossibilità di definire il giudizio a quo indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale; secondo l'accezione di rilevanza intesa come mera applicabilità della norma impugnata nel giudizio a quo è sufficiente per sollevare la questione che il giudice a quo ravvisi di dover applicare nel giudizio la norma in esame, secondo la concezione di rilevanza come necessaria influenza invece la risoluzione della questione di costituzionalità dovrebbe influenzare se non necessariamente l'esito del giudizio a quo, quanto meno il modo in cui il processo viene deciso.

Sebbene prevalga la seconda concezione di rilevanza, al fine di inquadrare i limiti alla possibilità di intervento della Corte Costituzionale in materia penale, si ravvisa l'adozione della concezione di rilevanza come mera applicabilità della norma impugnata nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale sulle norme penali di favore.

Tali norme escludono la rilevanza penale di determinate condotte o prevedono condizioni speciali di non punibilità, in caso di una declaratoria di incostituzionalità queste sarebbero private di efficacia ex art. 136 Cost e inapplicabili relativamente al passato ex art. 30 co.3 l. 87/1953.

Tuttavia, trattandosi di norme penali, non è possibile che, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, possa essere applicata nel giudizio a quo la norma incriminatrice risultante dall'abrogazione della scriminante, della clausola di non punibilità o della parte di dispositivo in cui era esclusa la rilevanza penale di una determinata condotta, ciò in forza dell'art. 2 cp e dell'art. 25 Cost.

L'art. 2 cp regolando la successione delle norme penali nel tempo dispone infatti che nessuno possa essere punito per un fatto che non costituiva reato secondo la legge del tempo in cui fu commesso, ribadendo così il principio di irretroattività della legge

penale espressamente previsto all'art. 25 co.2 Cost, il quale esclude per l'appunto la possibilità di punire un fatto commesso dopo l'abrogazione o la perdita di efficacia della norma che lo incriminava, esplicando il divieto di ultrattività della legge penale.

Dunque, alla luce del divieto di retroattività della legge penale, la norma di favore pur se dichiarata incostituzionale trova applicazione nel giudizio a quo.

In ragione del principio di irretroattività e del permanere degli effetti della norma in questione nel giudizio a quo la Corte Costituzionale, quando era investita della questione in relazione ad una norma penale di favore, solitamente dichiarava l'inammissibilità.

Tale decisione di inammissibilità era motivata dalla Corte Costituzionale per il fatto che, considerando gli artt. 2 cp e 25 co.2 Cost, la norma impugnata avrebbe trovato ugualmente applicazione nel giudizio a quo e dunque non sarebbe stato soddisfatto il requisito di rilevanza della questione sollevata inteso come necessaria influenza della decisione della Corte sulla soluzione del giudizio a quo, che avrebbe dispiegato i medesimi esiti tanto in presenza quanto in assenza della declaratoria di costituzionalità.

Tuttavia la Corte Costituzionale mutò di orientamento in seguito alla Sent. N. 148/1983 Corte Cost, redatta da Livio Paladin.¹

Nel caso di specie la Corte Costituzionale dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 5 l. 1/1981 in riferimento agli artt. 3 co.1, 28 e 112 Cost., in materia di non punibilità dei componenti del Consiglio Superiore della Magistratura per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione.

Nel dichiarare infondata la questione la Corte Costituzionale rileva che se si adottasse l'orientamento in virtù del quale si determina l'irrilevanza nel giudizio a quo della declaratoria di incostituzionalità delle norme penali di favore in virtù dell'irretroattività delle norme penali sfavorevoli, si incorrerebbe nel rischio che norme applicabili nel giudizio a quo, sebbene non determinanti nell'esito finale del processo, dubbiate nella loro conformità a costituzione, non possano mai essere soggette al sindacato della Consulta non essendo ritenuta pregiudiziale la loro impugnazione, e dunque si creerebbero zone franche non previste dalla Costituzione.

¹ Sent. 148/1983 Corte Cost.

Nella medesima sentenza la Corte Costituzionale afferma che la pronuncia di incostituzionalità delle norme penali di favore ha sempre rilievo nel giudizio a quo relativamente alla formula di proscioglimento, che deriva dunque non dalla norma dichiarata incostituzionale, bensì dal principio sancito all'art. 2 co.1 c.p., per il quale nessuno può essere punito per un fatto che non costituiva reato secondo la legge vigente nel momento in cui il fatto fu commesso.

Ciò considerato l'indirizzo intrapreso dalla suddetta sentenza, e successivamente mantenuto dalla Corte Costituzionale nella maggior parte delle pronunce relative alla questione di costituzionalità su norme penali di favore, accoglie il concetto di rilevanza intesa come mera applicabilità, tralasciando quanto espresso dal filone interpretativo più rigido, ossia l'influenza della pronuncia sulla decisione del giudizio a quo, e avvalorando piuttosto l'influenza della decisione della questione di costituzionalità sul procedimento che porta il giudice a quo alla definizione del giudizio, e dunque sulla formula di proscioglimento dell'imputato.

In tal modo la Corte Costituzionale, adottando una nozione più elastica di rilevanza in materia di norme penali di favore, tale da potersi ritenere sufficiente la mera applicabilità della norma al giudizio a quo, supera le condizioni troppo stringenti di ammissibilità della questione sollevata incidentalmente a garanzia della prevalenza del rispetto dei principi costituzionali.

Tale garanzia è resa dal nuovo orientamento nei giudizi sulle norme penali di favore con la possibilità di effettuare il sindacato di costituzionalità su tali norme sebbene la pronuncia non sia determinante sulla decisione in concreto del giudizio, questo sindacato è fondamentale in quanto evita la creazione delle c.d zone grigie di diritto, ossia di materie nelle quali il sindacato di costituzionalità non viene effettuato.

Le zone grigie non sono previste dall'ordinamento italiano e dunque la Corte Costituzionale, in quanto organo di garanzia di conformità delle leggi a Costituzione, deve poter estendere il suo sindacato senza limiti di materia al fine di attuare il rispetto dei principi costituzionali.

Al fine di ottenere un quadro generale dell'ambito e delle modalità operative della Corte Costituzionale per poter poi analizzare come tale attività si concilia con i principi della materia penale, è necessario passare in rassegna brevemente le tipologie di decisione maggiormente usate dalla Corte Costituzionale.

Tra le suddette decisioni, ai fini di inquadrare la questione dell'operato della Corte Costituzionale in materia penale, assumono indubbiamente centrale importanza le sentenze, con le quali la decisione è definitiva, tuttavia si ricorda che, ex art. 18 l. 87/1953, le decisioni della Corte possono essere assunte anche in veste di decreto, qualora si tratti di provvedimenti adottati dal Presidente della Corte Costituzionale, o di ordinanza qualora la decisione non sia definitiva o la Corte assuma una decisione di manifesta infondatezza ex art. 29 l. 87/1953, secondo la giurisprudenza costituzionale inoltre sono assunte con ordinanza anche le decisioni di manifesta inammissibilità delle eccezioni.

Nell'ambito delle decisioni che definiscono il giudizio necessaria ai fini di definire le modalità operative della Corte Costituzionale in materia penale è inoltre la distinzione tra decisioni processuali e decisioni di merito.

Le decisioni processuali sono utilizzate dalla Corte per constatare impedimenti di carattere processuale alla definizione del giudizio nel merito, ostando tali motivi all'accertamento della fondatezza o infondatezza della questione di costituzionalità e rimanendo il merito impregiudicato dalla pronuncia e dunque riproponibile.

Rientra tra tali decisioni processuali la restituzione atti al giudice a quo, provvedimento coniato dalla giurisprudenza costituzionale per ragioni di praticità e sveltezza che prevede la possibilità per la Corte Costituzionale di restituire al giudice a quo gli atti processuali sollecitandolo a svolgere atti o operazioni omesse o a valutare elementi successivi rispetto all'emanazione dell'ordinanza di rimessione rilevanti ai fini della proponibilità della questione.

In quest'ultimo caso si tratta di una restituzione atti per *ius superveniens*, ossia per la sopravvenienza rispetto all'ordinanza di rimessione di ulteriori elementi rilevanti, tuttavia ciò non deve indurre a ritenere la decisione processuale di restituzione atti come una decisione a carattere interlocutorio in quanto, una volta valutati gli elementi sopravvenuti, qualora sia necessario il giudice a quo riproporrà la questione nella sua interezza non mediante la prosecuzione del giudizio iniziato con l'emanazione della prima ordinanza di rimessione cui era seguita la restituzione atti, bensì attraverso l'instaurazione di un giudizio nuovo sia in relazione alle parti sia all'atto impugnato e al parametro costituzionale che si sostiene essere stato violato, potendo tali elementi

non presentare carattere di identità rispetto a quelli caratterizzanti la prima ordinanza di rimessione.

Ricordando quanto precedentemente detto relativamente agli orientamenti della Corte Costituzionale circa la nozione di rilevanza da adottare nell'ambito della possibilità di sindacato sulle norme penali in relazione alla problematica della successione delle norme penali nel tempo, appare ora necessario definire con maggior chiarezza la tipologia di decisione che la Corte adottava seguendo il primo orientamento sino alla Sent. 147/83.

Seguendo il primo orientamento infatti la Corte adottava, in ragione dell'art. 25 co.2 Cost e dell'art. 2 cp, una pronuncia di inammissibilità.

Tale pronuncia di inammissibilità è una decisione processuale utilizzata dalla Corte Costituzionale in via residuale ogni qualvolta questa ritenga di non poter procedere ad analizzare il merito della questione e non si versi nelle sopracitate ipotesi in cui si configura la possibilità per la Corte Costituzionale di adottare un'ordinanza di restituzione atti.

Dunque si ravvisa l'utilizzabilità della pronuncia in esame anche al di fuori dei soli casi di assenza dei requisiti previsti per la corretta instaurazione del giudizio in via incidentale, giungendo ad essere emanata in mancanza del requisito rilevanza, piuttosto che in ipotesi di sollevamento di questione generica o ipotetica e, di particolare rilevanza per il tema che si ha l'obiettivo di affrontare, anche in ambito di rapporto tra l'intervento della Corte Costituzionale e la sfera di discrezionalità legislativa.

Diversa dall'inammissibilità è la decisione processuale di manifesta inammissibilità, essendo questa adottata con ordinanza, trattata in Camera di Consiglio e utilizzata dalla Corte Costituzionale soltanto per decidere questioni di pronta o immediata soluzione in ragione della natura dell'eccezione sollevata, palesemente infondata o già definita dalla Corte Costituzionale con un precedente intervento.

Analizzate brevemente le decisioni processuali della Corte Costituzionale occorre ora, considerando l'ormai stabilità del secondo orientamento affermatosi in materia di intervento della Corte sulla sfera del penalmente rilevante e dunque della possibilità per la Corte stessa di decidere le questioni in materia penale onde evitare la creazione di zone grigie non previste dall'ordinamento, esaminare le tipologie delle pronunce di

merito che la Corte, anche in via pretoria con la propria giurisprudenza, ha elaborato e maggiormente utilizza.

Le decisioni di merito assunte dalla Corte con sentenza o, nei casi di manifesta infondatezza, con ordinanza ex art. 29 L. 87/1953, hanno carattere definitivo e, a differenza delle decisioni processuali, sono utilizzate dalla Corte per decidere nel merito la questione di legittimità costituzionale sollevata.

In origine le decisioni di merito contemplate dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza costituzionale ricalcavano il modello accoglimento-rigetto.

Seguendo tale modello la Corte si limitava ad accogliere la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice a quo e a dichiarare l'incostituzionalità della norma in esame con la conseguenza che, ex art. 136 Cost, essa perde efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte Costituzionale, quindi con effetti per il futuro ed estesi ad ogni parte della norma dichiarata incostituzionale.

Nei casi in cui la Corte riteneva invece infondata la questione sollevata dal giudice a quo, al di fuori dei casi di manifesta infondatezza, si pronunciava con una sentenza di rigetto avente effetto impeditivo relativamente alla riproposizione della questione nei medesimi termini.

Le decisioni di manifesta infondatezza sono assunte dalla Corte con ordinanza a seguito di camera di consiglio in quanto di pronta risoluzione.

Si registra negli ultimi anni un incremento nell'adozione di questa tipologia di decisioni collegato alla necessità di alleggerire il carico di lavoro della Corte e di smaltire l'arretrato, conseguentemente a tale incremento è giocoforza notare come debba essersi modificata nel tempo la nozione di manifesta infondatezza, comprendendo ora questa anche ipotesi che in precedenza sarebbero rientrate nell'infondatezza semplice.

Questo ampliamento della nozione di manifesta infondatezza, caratterizzato da una forte elasticità del termine, che può ricomprendere in diversi casi anche ipotesi concettualmente distanti dalla nozione originaria rispondente al criterio di pronta risoluzione di una questione precedentemente trattata dalla Corte stessa, si deve ad un orientamento ora stabile della giurisprudenza costituzionale finalizzato non soltanto allo smaltimento dell'arretrato come potrebbe dirsi a primo acchito, bensì soprattutto

a ridurre le ipotesi di microconflittualità per consentire alla Corte Costituzionale di concentrarsi sull'analisi di questioni più corpose e rilevanti.

L'incremento dell'utilizzo delle pronunce di manifesta infondatezza non può considerarsi come preclusivo rispetto alla garanzia della presenza di un controllo di costituzionalità sulle norme in quanto, sebbene la questione dichiarata manifestamente infondata non possa essere riproposta dal giudice a quo nel medesimo giudizio in relazione alla stessa norma con invariati parametri di riferimento pena la manifesta inammissibilità, essa non conferisce in assoluto una qualifica di conformità a Costituzione della norma in questione, che potrà essere rimessa in discussione attraverso la riproposizione della questione ad opera di altro giudice o del medesimo giudice in un diverso giudizio.

Diversa dall'ipotesi di manifesta infondatezza è la decisione processuale di inammissibilità per eccesso di fondatezza, di creazione giurisprudenziale ed utilizzata dalla Corte Costituzionale per pronunciarsi sulle questioni riguardanti la materia penale e pertanto comprese nella sfera di discrezionalità legislativa precedentemente al mutamento di orientamento operato dalla sentenza 147/83 Corte Cost.

Le pronunce di inammissibilità per eccesso di fondatezza sono ad oggi sempre meno utilizzate dalla Corte Costituzionale, onde evitare che si creino zone grigie all'interno dell'ordinamento, ossia che vi sia assenza di controllo di costituzionalità nelle materie coperte da riserva di legge, in quanto in caso contrario il principio di riserva di legge si potrebbe dire totalmente rispettato, ma non si avrebbe garanzia alcuna circa la conformità a costituzione della norma sotto ogni altro profilo, essendo il controllo di costituzionalità operato dalla Corte Costituzionale fondamentale al fine di verificare il rispetto dei principi costituzionali bilanciando i valori costituzionali in gioco.

Fatta questa premessa è necessario analizzare le pronunce di inammissibilità per eccesso di fondatezza in quanto rilevante punto di partenza del rapporto tra la Corte Costituzionale e il legislatore in materia penale.

L'espressione "eccesso di fondatezza" denota innegabilmente un distacco dalla nozione di inammissibilità per infondatezza semplice o manifesta, tuttavia il trattamento processuale risulta poi analogo a quello adottato in tali casi.

La fondamentale differenza tra queste due tipologie di decisione risiede nel fatto che mentre nell'ipotesi di infondatezza semplice o manifesta la Corte Costituzionale riconosce la mancanza di un elemento essenziale alla proponibilità della questione o la ritiene risolta da interventi normativi successivi alla proposizione della questione, nel caso di inammissibilità per eccesso di fondatezza la Corte Costituzionale riconosce l'esistenza nel caso di specie di tutti i presupposti per sollevare la questione e del *vulnus* di costituzionalità presente, tuttavia essa ritiene di non poter procedere senza invadere la sfera di discrezionalità assegnata al legislatore dall'art. 25 co.2 Cost.

La non invasione della sfera di discrezionalità legislativa da un lato, e il riscontro in molteplici casi dell'inerzia del legislatore dall'altro, hanno portato la giurisprudenza costituzionale a creare una nuova tipologia di decisione, ossia l'interpretativa di rigetto.

Tale decisione consente alla Corte Costituzionale, distaccandosi dal binomio accoglimento-rigetto, di giungere ad una pronuncia di infondatezza sulla questione in esame fornendo al giudice che ha sollevato la questione l'interpretazione da adottare affinché la norma della quale si discute la conformità a costituzione risulti costituzionalmente legittima.

La creazione in via pretoria della decisione interpretativa di rigetto risponde alla necessità di evitare il formarsi di una lacuna normativa che si avrebbe qualora la Corte stessa, rimanendo vincolata all'interpretazione della norma fornita dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione, optasse per la dichiarazione di incostituzionalità della norma, la quale decadrebbe il giorno successivo alla pubblicazione della sentenza di incostituzionalità, causando così un vuoto normativo che soltanto il legislatore attraverso la creazione di una nuova legge potrebbe colmare.

La creazione delle interpretative di rigetto è operata dalla giurisprudenza costituzionale nei primi anni della sua attività, con la Sent. 8/56 viene inaugurata la nuova tipologia, agevolmente distinguibile dalle altre decisioni dalla Sent. 1/57² in poi mediante l'individuazione nel dispositivo della sentenza della dicitura "nei sensi di cui in motivazione", alla quale segue l'interpretazione della norma fornita dalla Corte Costituzionale in forza della quale la questione di costituzionalità si dichiara infondata.

² Sent. 1/57 Corte Cost.

La suddetta dicitura, difformemente da quanto avveniva agli inizi dell'operato della Corte Costituzionale, non è ora sempre rinvenibile nelle sentenze il cui contenuto tuttavia risponde allo schema delle sentenze interpretative di rigetto, trattasi in questi casi di decisioni interpretative c.d. "mascherate"³.

Queste ultime sono pressappoco le sole decisioni interpretative di rigetto ad oggi talvolta adottate dalla Corte Costituzionale, essendosi registrate negli ultimi dieci anni meno di venti decisioni interpretative di rigetto riconoscibili mediante formula nel dispositivo.

Tale cospicuo calo si spiega a fronte dell'obbligo successivamente inserito dalla giurisprudenza costituzionale in via pretoria diretto al giudice che intenda sollevare questione di legittimità costituzionale, di dimostrare di aver esperito almeno un tentativo di interpretazione conforme, ossia di aver tentato di interpretare la norma nel senso in cui essa risulta conforme a Costituzione, con la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale soltanto quando tale interpretazione conforme non risulti possibile.

Da questo nuovo schema consegue che, qualora il giudice a quo sollevi la questione di costituzionalità senza aver efficacemente esperito un tentativo di interpretazione conforme e la Corte Costituzionale dalla visione della questione così come proposta nell'ordinanza di rimessione rinvenga invece l'esistenza di un'interpretazione della disposizione indubbiata conforme a Costituzione, si avrà una decisione processuale di manifesta inammissibilità che preclude la possibilità di rigetto con riserva di interpretazione conforme.

Oltre che della compatibilità delle decisioni interpretative di rigetto con l'obbligo di esperire interpretazione conforme, si discute anche dell'efficacia di tali decisioni nei confronti dei giudici.

La decisione della Corte, essendo in tal caso interpretativa, non può ritenersi vincolante per la generalità dei giudici alla luce dell'art. 104 Cost., che stabilisce l'autonomia e l'indipendenza della magistratura.

Sebbene sia esclusa l'efficacia erga omnes delle sentenze interpretative di rigetto si nega che queste si limitino ad assurgere a parere non vincolante, essendo il giudice a quo destinatario della pronuncia di infondatezza con interpretativa di rigetto onerato

³ Sent. 224/2013 Corte Cost.

di risollevere la questione di costituzionalità qualora non condivida l'interpretazione della norma fornita dalla Corte.

In considerazione di questo vincolo tra il giudice a quo e il contenuto della sentenza interpretativa di rigetto, tale tipologia di decisione si ritiene non utilizzabile in presenza di diritto vivente relativo alla questione sollevata, ossia di indirizzo giurisprudenziale consolidato in merito, nel qual caso la Corte Costituzionale recupera come tecnica decisoria l'alternativa accoglimento-rigetto.

Volendo approfondire lo sviluppo delle tecniche decisorie attuato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale occorre tornare all'analisi dell'originario binomio, andando ad analizzare in particolare le conseguenze delle pronunce di accoglimento della questione di legittimità costituzionale.

Con il termine accoglimento si intende che la Corte Costituzionale, esaminata la questione, concorda con il giudice a quo e dichiara incostituzionale la disposizione o la norma, o ad anche più di una, oggetto della questione di costituzionalità in quanto contrastanti con la Costituzione.

Dalla sentenza di accoglimento con cui la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale consegue l'inapplicabilità della norma oggetto della questione, la cui applicazione cesserà, ex art. 136 Cost., dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della sentenza di accoglimento.

L'art. 136 Cost. in materia di determinazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento, disponendo che : “ quando la corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma stessa cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”, sembra fare riferimento ad un controllo esclusivamente successivo e dunque riguardante i rapporti giuridici venuti in essere successivamente alla pubblicazione della sentenza di incostituzionalità. ⁴

Tuttavia essendo il controllo di tipo incidentale e dunque pregiudizievole per il giudizio a quo, essendo la decisione della Corte Costituzionale determinante nei fini e nelle modalità di risoluzione della controversia da cui la questione di costituzionalità ha avuto origine, è necessario intendere il disposto dell'articolo 136 Cost, alla luce di quanto espresso all'art. 30 co. 3 l. 87/53, il quale stabilisce che le norme dichiarate

⁴ E.Malfatti, S. Panizza, R.Romboli, Giustizia Costituzionale, Torino, 2018, 103 ss

incostituzionali non sono applicabili dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale, come concernente non soltanto i rapporti futuri bensì anche quelli esistenti già al momento in cui la questione è stata sollevata o decisa, con il solo limite dei rapporti esauriti, ossia delle questioni definitivamente risolte a livello giudiziario o in ogni caso non più azionabili.

Alla luce della lettura dell'art. 136 Cost in combinato disposto con l'art. 30 co.3 l. 87/53 si rinviene la caratterizzazione retroattiva degli effetti delle pronunce di incostituzionalità con il solo limite dei rapporti esauriti, ciò implica che gli effetti della pronuncia di incostituzionalità, ed in particolare l'inapplicabilità della norma dichiarata illegittima, si estendano a tutti i rapporti esistenti e non ancora risolti al momento della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della sentenza, dovendo questi essere trattati senza applicare la suddetta norma.

Il limite dei rapporti esauriti non trova applicazione nell'ipotesi in cui in conseguenza della norma successivamente dichiarata incostituzionale sia stata pronunciata sentenza penale di condanna irrevocabile.

Il co. 4 dell'art. 30 l. 87/53 prevede infatti che: “ quando in applicazione della norma dichiarata in costituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali”.

Tale deroga al limite dei rapporti esauriti rispetto agli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale si spiega in ragione della particolare gravità caratterizzante le sanzioni penali, in quanto la condanna penale incide sulla libertà dell'individuo o su altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, per questo motivo sebbene si tratti di rapporti esauriti antecedentemente alla dichiarazione di incostituzionalità della norma, gli effetti della sentenza pronunciata dalla Corte si estendono anche a tali rapporti a garanzia dei suddetti diritti.

Un ulteriore parziale distacco dalla disciplina dettata dall'art. 136 Cost. è rappresentato dalla limitazione degli effetti retroattivi della dichiarazione di incostituzionalità.

Tale limitazione consiste in una modulazione degli effetti temporali della sentenza che la Corte Costituzionale stessa fissa attraverso la dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta.

Quest'ultima intesa in senso stretto è una decisione adottata dalla Corte Costituzionale per affermare che una norma, conforme a Costituzione al momento della sua entrata in vigore, è divenuta incostituzionale soltanto in un momento successivo.

Pertanto in tal caso la norma stessa cesserà di aver efficacia dal momento in cui si è prodotta l'incostituzionalità, restando applicabile ai casi antecedenti quel momento, per i quali la retroattività degli effetti della sentenza di accoglimento non troverà applicazione.

In senso lato la modulazione degli effetti temporali può essere attuata dalla Corte Costituzionale anche al fine di bilanciare i valori costituzionali in gioco qualora una pronuncia di illegittimità costituzionale atta a garantire la tutela di determinati valori costituzionalmente garantiti ne lederebbe al contempo altri di pari rango.

In tal caso la Corte Costituzionale nel suo ruolo di garante del rispetto dei principi costituzionali da un lato dichiara incostituzionale la norma in questione e dall'altro modula gli effetti della propria pronuncia affinché sia garantita la totalità dei principi costituzionali in gioco.

Per fare ciò la Corte Costituzionale fissa un termine iniziale di incostituzionalità della norma in questione, con la conseguenza che, per tutti i casi antecedenti a tale termine in cui essa sia stata applicata, gli effetti retroattivi della pronuncia di accoglimento non si produrranno.

Emblematica è l'applicazione della modulazione degli effetti per bilanciamento di valori costituzionali nella Sent. 10/2015 Corte Cost.⁵

Nel caso di specie la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 81 co. 16, 17 e 18 dl 112/2008, istitutivo della maggiorazione della quota IRES per le imprese operanti nei settori energetici che hanno conseguito un fatturato superiore alle soglie fissate dalla legge, tratta in motivazione del bilanciamento che essa stessa deve operare in questo caso per non giungere ad un paradosso, ossia a sortire con la sua pronuncia effetti ancor più incostituzionali della disposizione dichiarata contraria a costituzione.

Per questo motivo, pur essendo la Corte Costituzionale non soggetta con le proprie pronunce alla legge di bilancio statale, opera una modulazione degli effetti della

⁵ Sent. 10/2015 Corte Cost.

pronuncia stessa, per non gravare lo Stato del dovere di restituire quanto versato dalle imprese sulla base della tassa poi dichiarata incostituzionale.

La gradazione degli effetti temporali stabilita dalla Corte nella sentenza implica che quest'ultima sia dotata di efficacia *ex nunc* e non di retroattività, sortendo effetti solamente per il futuro, in modo da consentire il corretto bilanciamento di tutti i valori costituzionali in gioco e non soltanto la garanzia di rimozione della norma costituzionalmente illegittima.

In tal caso la Corte Costituzionale si è espressa nel senso della possibilità di richiedere all'autorità giudiziaria, compreso il giudice a quo, di applicare la norma incostituzionale per la definizione del giudizio e ciò al fine di evitare il crearsi di una situazione di incostituzionalità ancora più grave ed evidente.

Dunque si afferma l'efficacia *ex nunc* della pronuncia di incostituzionalità, che, come risultava da una prima lettura dell'art. 136 Cost senza il combinato disposto con l'art. 30 co.3 l. 87/53, avrà effetti soltanto limitatamente al futuro.

Oltre al limite temporale dei rapporti esauriti le sentenze di accoglimento trovano un ulteriore limite nel principio del chiesto pronunciato.

In base a tale principio infatti, ex art. 27 l. 87/53, la Corte Costituzionale adottando una pronuncia di accoglimento dichiara la norma incostituzionale nei limiti dell'impugnazione operata dal giudice a quo attraverso l'ordinanza di rimessione, nella quale lo stesso definisce *petitum* e *thema decidendi*.

Tuttavia principio del chiesto pronunciato implicante il divieto di spingersi *ultra petita* con la decisione è declinato nel rispetto della struttura e delle esigenze del processo civile, che in molto differisce rispetto al funzionamento e alla struttura della giustizia costituzionale, pertanto risulta spesso volte in parte derogato dalla Corte Costituzionale attraverso l'interpretazione creatrice.

L'interpretazione creatrice è un procedimento di tipo interpretativo adoperato dalla Corte Costituzionale per dare interpretazione nuova alle norme in questione, in particolare in relazione al limite del *thema decidendi* si ricorda la possibilità per la Corte di interpretare il contenuto dell'ordinanza di rimessione, andando così ad allargare il *thema decidendi*.

Stante il potere riconosciuto alla Corte Costituzionale di avvalersi dell'interpretazione creatrice resta tuttavia fermo il limite della norma impugnata e di

quella costituzionale di raffronto così come indicate dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione, per tale motivo, tenuto conto dei numerosi casi di ampliamento del thema decidendi da parte della Corte, si parla di flessibilità nell'applicazione del principio del chiesto pronunciato.

Deroga espressa al medesimo principio è contenuta nell'art. 27 l. 87/53, in base al quale la Corte Costituzionale quando adotta per la decisione una pronuncia di accoglimento deve indicare le eventuali altre disposizioni di legge la cui illegittimità costituzionale è diretta conseguenza della decisione adottata per la norma in questione.

Secondo l'originaria interpretazione l'illegittimità costituzionale consequenziale aveva il fine di evitare la permanenza di una legge i cui presupposti sono contenuti in una legge dichiarata incostituzionale, tuttavia la giurisprudenza costituzionale presto amplia tale interpretazione, andando a ricomprendere nell'illegittimità costituzionale consequenziale anche le ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità consequenziale per norme simili o analoghe alla norma impugnata con l'ordinanza di rimessione, purché sussista la medesima violazione del dettato costituzionale.

Ai fini di inquadrare compiutamente le modalità ed i limiti entro cui la Corte Costituzionale opera è necessario ricordare brevemente che, qualunque tipologia di decisione la Corte si accinga ad adottare nel caso concreto, sia essa rispondente all'originario modello accoglimento-rigetto o di creazione pretoria, vige per la Corte l'obbligo di motivare la decisione stessa.

L'obbligo di motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale non rileva ai fini impugnatori, essendo le decisioni della Corte non impugnabili, bensì al fine di poter essere in senso lato controllate dalla pluralità di destinatari cui le decisioni stesse si rivolgono.

La motivazione infatti è necessaria in primo luogo alla stessa Corte Costituzionale, che con essa crea precedenti giurisprudenziali e vincola la sua attività, potendo pronunciarsi in taluni casi anche soltanto richiamando la motivazione utilizzata per una questione affine.

La motivazione per *relationem* viene pertanto utilizzata dalla Corte tanto in ordine alle pronunce di incostituzionalità, quanto all'utilizzo di particolari tecniche decisorie o di categorie processuali, ricorrendo i medesimi presupposti o trattandosi di casi analoghi.

Ancor più rilevante ai fini di analizzare il rapporto tra la Corte Costituzionale ed il legislatore e le rispettive sfere di competenza è la finalità della motivazione delle decisioni della Corte per i destinatari delle stesse, ivi compreso appunto il legislatore.

Spesso la Corte Costituzionale infatti, data la sua duplice natura di giudice e organo di chiusura dell'ordinamento, è stata criticata per un'eccessiva vicinanza alle questioni politiche desunta dall'orientamento della Corte stessa nel decidere su questioni di costituzionalità riguardanti norme particolarmente scottanti a livello politico o approvate con difficoltà dal Parlamento.

Avverso tali critiche è necessario rilevare come la Corte Costituzionale debba dispiegare ambedue le sue funzioni, e dunque calarsi nella realtà del contesto normativo, politico-legislativo, pur mantenendo la terzietà che il ruolo di giudice delle legge le impone.

Attraverso una motivazione chiara ed esaustiva delle proprie decisioni la Corte Costituzionale, che per giungere ad una decisione opera necessariamente un bilanciamento tra principi e valori, crea una scala di valori costituzionali agevolmente ricostruibile analizzando le motivazioni poste alla base di ciascuna delle decisioni concernenti un determinato ambito, in particolare quando queste decisioni siano particolarmente delicate per il tema trattato o per la vicinanza alla politica e dunque alla sfera esclusivamente legislativa.

Una volta desunta la scala di valori costituzionali scelta dalla Corte Costituzionale e comparata con quella scelta invece dal legislatore, potendo e dovendo tuttavia esse essere flessibili ed in linea con i mutamenti storici e sociali, è giocoforza comprendere come l'assunzione di una determinata decisione piuttosto che di una ad essa alternativa non sia affatto sintomo di una partecipazione della Corte al dibattito politico, bensì dettata dal rispetto di quella scala valoriale che la Corte stessa ritiene migliore a seguito dei bilanciamenti effettuati.

Analizzati nel dettaglio il modello accoglimento-rigetto ed il procedimento decisorio della Corte Costituzionale con i relativi limiti ed oneri, è necessario ora, al fine di comprendere la natura del rapporto tra la Corte e il legislatore e i limiti posti dalla sfera di discrezionalità di quest'ultimo, prendere in esame le sentenze manipolative in relazione ai loro effetti sulla norma di cui si dubita la costituzionalità.

Le sentenze manipolative sono quelle che più si discostano dall'originario modello accoglimento-rigetto e costituiscono una tecnica decisoria creata dalla Corte Costituzionale in via pretoria al fine di conservare, nonostante la pronuncia di accoglimento, quanto possibile di una determinata disposizione di legge, che viene dichiarata incostituzionale limitatamente ad una delle possibili norme da essa ricavabili e resta invece in vigore e dunque si ritiene conforme a Costituzione in merito a tutte le altre norme che da essa derivano.

Tale accoglimento parziale della questione di legittimità costituzionale è riconoscibile dalla dicitura presente nel dispositivo della sentenza per la quale una legge o un atto avente forza di legge è dichiarato incostituzionale nella parte in cui dispone o non dispone una determinata caratteristica, essendo la presenza o l'assenza di quest'ultima a determinare l'incostituzionalità della norma.

Con l'utilizzo delle pronunce manipolative la Corte Costituzionale conferisce un contenuto ed una portata normativa diversa alla disposizione indicata come di dubbia costituzionalità dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione.

Le sentenze manipolative sono divise in due sottotipi, pronunce additive e sostitutive.

Le pronunce additive consistono in una dichiarazione di incostituzionalità del dispositivo nella parte in cui esso non prevede qualcosa; con le pronunce sostitutive invece la Corte Costituzionale dichiara la legge incostituzionale nella parte in cui prevede una determinata cosa anziché un'altra ed hanno pertanto una portata demolitiva dell'originario contenuto ed una ricostruttiva con la quale la Corte conferisce alla norma in esame un contenuto nuovo e conforme al dettato costituzionale.

Alle sentenze manipolative così come descritte si aggiunge un'ulteriore tipologia di sentenza rientrante nel medesimo schema decisorio, ossia la sentenza additiva di principio.

Tali sentenze sono utilizzate dalla Corte Costituzionale nell'intento di bilanciare il rispetto della discrezionalità legislativa, qualora l'intervento del legislatore in ragione di essa si rinvenga come necessario ai fini di rimuovere il vulnus di incostituzionalità del dettato normativo, e la necessaria garanzia del rispetto dei principi costituzionali.

Con le additive di principio la Corte Costituzionale non introduce un nuovo contenuto normativo immediatamente applicabile, bensì fissa un principio generale di portata costituzionale che sarà il legislatore a dover attuare mediante un proprio intervento .

In attesa dell'intervento del legislatore la Corte consente che sia il giudice ad individuare la soluzione del caso concreto che consenta di rispettare il principio generale indicato nella sentenza.

Tuttavia, qualora la competenza ad attuare il principio generale spetti solo al legislatore e non sia consentito al giudice di farne autonoma applicazione, si assiste ad una paralisi del sistema sia per quanto concerne il caso concreto, che non sarà risolvibile dal giudice a quo prima dell'intervento del legislatore, sia per quanto concerne la dichiarazione di incostituzionalità della norma in questione ed i suoi effetti erga omnes, essendo impossibile per la Corte pronunciarsi con l'accoglimento totale della questione di costituzionalità dopo aver disposto per l'attuazione del principio generale la necessità dell'intervento legislativo.

Nonostante l'esistenza di principi generali non attuabili direttamente dal giudice senza l'intervento legislativo, si evidenzia l'impossibilità, per mancata previsione dell'ordinamento, di sospendere il giudizio a quo in attesa dell'intervento del potere legislativo.

Nella prassi in questi casi il giudice a quo fornisce ugualmente una soluzione al caso concreto efficace soltanto tra le parti del giudizio, restando poi al legislatore l'onere di fornire una soluzione generale di attuazione del principio costituzionale indicato in sentenza dotata di efficacia erga omnes.

La Corte Costituzionale pare preferire questa ipotesi rispetto alla dichiarazione di incostituzionalità totale della norma in esame in quanto l'incostituzionalità, come accade nelle ipotesi di pronunce additive, non riguarda la disposizione nella sua interezza bensì la sua parte in cui è rinvenibile l'omissione, e la soluzione al caso concreto, in attesa di un necessario intervento legislativo, ben si presta ad essere fornita dal giudice stesso nel giudizio a quo piuttosto che mediante una pronuncia di incostituzionalità ad efficacia generale.

Emblematica in riferimento alle modalità di relazionarsi della Corte ai suddetti casi è la sent. 278/2013, nella quale la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità

costituzionale dell'art. 28 co.7 l. 184/1983, come sostituito dall'art. 177 dlgs. 196/2003, nella parte in cui non prevede la possibilità per il giudice, mediante un procedimento stabilito dalla legge che garantisca la massima riservatezza, di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, su richiesta del figlio ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione.

Nel formulare la pronuncia in esame la Corte Costituzionale pone l'accento sulla necessità di bilanciare i valori costituzionali in gioco, essendo di grande peso tanto il diritto all'anonimato quanto il diritto, sancito all'art. 2 Cost., di ricerca delle proprie origini, ed individua il vulnus nell'irreversibilità del segreto conseguente alla scelta della madre di non essere nominata.

La pronuncia in questione, pur dichiarando incostituzionale parte del dispositivo di legge, a differenza di quanto avviene mediante una decisione di tipo manipolativo sostitutivo, non indica come attuare in concreto la nuova disciplina nel rispetto dei principi costituzionali, ma si limita a rimuovere l'incostituzionalità presente e a rinnovare il riferimento ad i principi costituzionali in gioco.

In questa scelta decisoria si ravvisa da un lato la necessità di non demolire un'intera disciplina legislativa, che comporterebbe per il legislatore il dovere di riesaminare e ristabilire ex novo una nuova disciplina per la materia in questione, dall'altro l'impossibilità per la Corte Costituzionale di individuare nell'ordinamento una soluzione opportuna per regolare la materia o di avvalersi d'interpretazione creatrice per risolvere la questione senza sconfinare oltre i limiti della discrezionalità legislativa.

Considerate le condizioni appena esaminate, nel dichiarare l'incostituzionalità parziale della norma la Corte Costituzionale nella sent. 278/2013 invita il legislatore a rivedere la disciplina, fornendo come indicazione di massima la necessità di introdurre apposte disposizioni atte a verificare la persistenza della volontà della madre di non essere nominata e al contempo a cautelare il diritto stesso, utilizzando un procedimento dalle modalità di accesso e di verifica il più ristrette possibile.⁶

La natura creativa delle sentenze manipolative, mediante le quali la Corte Costituzionale giunge a modificare il dispositivo in senso costituzionalmente orientato, ha spesso riscontrato resistenza da parte del potere legislativo, che obietta circa l'operato della Corte sostenendo che, mediante l'interpretazione creatrice, la

⁶ Sent. 278/2013 Corte Cost.

sfera di discrezionalità legislativa venga invasa e il contenuto del dispositivo successivo alla sentenza della Corte si discosti dall'intento originario del legislatore stesso.

In ragione di questa visione orientata ad evidenziare i limiti al diritto giurisprudenziale, ed in particolare in occasione di talune pronunce della Corte Costituzionale distanti rispetto quanto prospettato dalla classe politica, sono state avanzate proposte di legge costituzionale che miravano ad impedire l'utilizzo da parte della Corte di pronunce a carattere manipolativo ed interpretativo.

Tali proposte rimandano ad una visione concettuale della Costituzione come fonte del diritto e parametro rivolto soltanto al legislatore, non intendendosi come fonte da interpretare da parte della Corte Costituzionale ed anche dei singoli giudici al fine di applicare i principi costituzionali nei casi concreti.

Questa visione del diritto costituzionale come mero parametro utilizzabile dal legislatore nel momento creativo delle leggi esclude tuttavia la validità dell'interpretazione conforme a costituzione, che si ricorda essere compito di ciascun giudice attuare prima di sollevare questione di legittimità costituzionale e, privando la Corte Costituzionale della possibilità di pronunciarsi con sentenze manipolative o interpretative, rimanderebbe all'antico binomio accoglimento-rigetto considerando oltretutto, a parametro di costituzionalità o incostituzionalità della norma, soltanto il dato testuale della Costituzione, privando così d'effetto e d'incidenza nel caso concreto i principi costituzionali generali.

In ragione degli eccessivi limiti posti al sistema dalle proposte appena analizzate, esse sono state rigettate, ribadendo la necessità, tanto in relazione ai casi concreti quanto alla generale garanzia del rispetto dei principi costituzionali dell'ordinamento, di mantenere la possibilità di esperire l'interpretazione conforme e per la Corte Costituzionale di utilizzare le tecniche decisorie più opportune, anche con carattere demolitorio e creativo del diritto.

Tuttavia il carattere creativo delle sentenze manipolative si scontra con limiti ordinamentali che ancora rimandano al rispetto della discrezionalità legislativa ed inoltre, stante il carattere innovativo di tali pronunce, si è posto un problema di inquadramento delle stesse in rapporto al bilancio statale.

In base all'art. 81 Cost. infatti lo Stato assicura l'equilibrio tra le proprie entrate e le proprie spese e, per tale garanzia, ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte.

Indubbiamente le sentenze della Corte Costituzionale possono, in relazione al contenuto delle pronunce, comportare per lo Stato oneri aggiuntivi di spesa, specie attraverso l'aggiunta alla norma in questione operata con una sentenza additiva.

Tuttavia il comma quarto dell'art. 81 Cost. non risulta direttamente applicabile alle sentenze della Corte Costituzionale, in quanto in esso è fatto riferimento espresso all'attività legislativa.

In aggiunta al dato letterale a far propendere per l'inapplicabilità dell'articolo in esame alle sentenze della Corte Costituzionale è il fatto che quest'ultima, a differenza del Parlamento, in quanto giudice e non legislatore, non sia in grado di far fronte all'obbligo di indicare, contestualmente ad una pronuncia di incostituzionalità totale o parziale, le modalità ed i mezzi per affrontare la spesa aggiuntiva che si prospetta.

A tal proposito giova ricordare ciò che Mario Nigro definisce il "paradosso della Corte", con tale espressione l'autore evidenzia come la Corte Costituzionale da un lato nella sua funzione di giudice delle leggi verifichi la conformità delle leggi all'art. 81 co.4 Cost., e dunque che siano rispondenti all'onere di precisazione dei mezzi con cui far fronte alle spese che esse implicano, dall'altro tuttavia nella sua funzione creatrice produca delle norme, sia attraverso le sentenze manipolative additive e sostitutive sia mediante il suo potere di autonormazione, ab originem esenti dall'onere costituzionalmente previsto.

Il paradosso risultante dall'analisi di Nigro è superabile soffermandosi sulla natura non legislativa delle pronunce della Corte Costituzionale, per le quali, nonostante la componente additiva, prevale la natura giurisdizionale, in quanto l'attività creatrice della Corte risponde in ogni caso all'esigenza di garantire la conformità a costituzione della norma già esistente sottoposta a sindacato costituzionale.

Inoltre il paradosso non risulta creare un vulnus neppure in relazione al potere di autonormazione della Corte Costituzionale, tenuto conto del fatto che si tratta di norme ad efficacia interna riguardanti prettamente il funzionamento dell'organo di chiusura dell'ordinamento e le tecniche decisorie da questo utilizzabili, ed essendo le norme integrative adottate con la forma non di legge ordinaria bensì di regolamento.

Nonostante la natura giurisdizionale delle pronunce della Corte Costituzionale escluda per queste l'applicabilità diretta dell'art. 81 co.4 Cost., il principio di equilibrio del bilancio statale è di portata generale e, in quanto principio costituzionale, è considerato dalla Corte Costituzionale e valutato nel momento del bilanciamento degli interessi costituzionalmente garantiti in gioco.

Preso in esame il limite in materia finanziaria alle pronunce additive, intendendosi per esso una flessibile valutazione dell'impatto economico delle pronunce della Corte Costituzionale che si è spesso risolto, come nel caso "Robin Tax", con una modulazione dell'efficacia temporale delle sentenze di modo da non impattare negativamente sul bilancio statale, è ora necessario analizzare il più importante e consistente limite alle sentenze manipolative additive, ossia il divieto di utilizzo in materia penale.

La Corte costituzionale ha escluso con giurisprudenza costante la possibilità di intervenire con pronunce additive in materia penale, questo non solo e non tanto per la riserva di legge assoluta che caratterizza la materia penale, in quanto questa logica porterebbe ad escludere la possibilità di intervenire con le pronunce additive in ogni ambito per il quale la Costituzione stabilisce la riserva di legge, bensì in ragione del principio di legalità dei diritti e delle pene, che comporta la necessità di un'assoluta certezza del diritto in ragione dell'impatto delle sanzioni penali sulla sfera giuridica dell'individuo.

2. Il principio di legalità ed i corollari principi di riserva di legge, irretroattività, tassatività e divieto di analogia

Per comprendere a pieno come questo limite opera ed osservare l'evoluzione temporale dell'interpretazione del principio di legalità in relazione alla possibilità per la Corte Costituzionale di intervenire con sentenze manipolative anche in materia penale, è necessario analizzare brevemente il contenuto del principio di legalità ed i suoi corollari.

Il principio di legalità rappresenta il cardine del diritto penale moderno ed il passaggio dallo stato assoluto allo stato di diritto, di matrice illuministica viene costruito per evitare che la totale discrezionalità in materia penale e sanzionatoria porti

nuovamente a pene ingiuste e non predeterminate, così come accadeva nell'assolutismo.

Il principio di legalità esprime infatti il divieto di punire qualcuno per un determinato fatto in assenza di una legge preesistente che configuri quel fatto come reato e ne determini la relativa sanzione.

Si rinviene il passaggio dallo stato assoluto allo stato di diritto nell'affermazione della primazia della legge, che stabilisce quali condotte attive od omissive costituiscono reato a prescindere dal disvalore etico o giuridico che quelle stesse condotte trasmettono nel momento in cui sono poste in essere, è la volontà del popolo nello stato di diritto, attraverso le elezioni dei propri rappresentanti che compongono il parlamento, a porre regole valide per tutti.

Con il principio di legalità diviene centrale la scelta politica e la decisione del legislatore nella determinazione della connotazione anti-giuridica e punibile dei fatti considerati reato, cosicché la determinazione della punibilità sia posta al riparo dall'arbitrio del potere esecutivo e giudiziario.

Il principio appena esposto è ricavabile da una serie di norme poste in gradi diversi della gerarchia delle fonti.

Anzitutto il principio di legalità trova riconoscimento costituzionale all'art. 25 co.2 Cost, il quale dispone che "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso", e al terzo comma del medesimo articolo, in forza del quale nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge.

Tale articolo sancisce, dunque, il principio di legalità ed il corollario principio di riserva di legge assoluta in materia penale, a mente dei quali soltanto il legislatore, attraverso la legge ordinaria, può emanare, modificare o abrogare norme penali, ampliando o restringendo la sfera del penalmente rilevante e determinando i presupposti delle fattispecie criminose.

Il suddetto principio implica inoltre, in forza della riserva di legge assoluta, un principio di legalità della pena che opera nel medesimo modo, deve essere dunque soltanto il legislatore a mezzo di legge ordinaria a determinare la pena relativa ad ogni fattispecie penalmente rilevante e ad indicare i criteri affinché essa possa essere applicata nell'an e nel quantum.

Il principio di legalità richiamato ha dunque una finalità di garanzia della certezza del diritto, strettamente collegata all'influenza delle norme penali e della loro applicazione sulla sfera personale dell'individuo, in particolare sulla libertà e su altri diritti fondamentali.

A livello normativo primario il principio di legalità è ricavabile dagli artt. 1 e 199 c.p., i quali richiamano nel contenuto quanto espresso dall'art. 25 Cost.

L'art. 1 c.p. stabilisce infatti che nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato né con pene che non siano da essa stabilite, richiama dunque il principio costituzionale di legalità sul piano dei reati e lo amplia sul piano delle pene, per la determinazione delle quali stabilisce la riserva di legge.

L'art. 119 c.p. richiama invece il comma terzo dell'art. 25 Cost. e prevede la impossibilità di sottoporre qualcuno a misure di sicurezza non espressamente disposte dalla legge e al di fuori dei casi da essa stabiliti, rendendo anche in questo ambito centrale la riserva di legge.

L'art. 1 l. 689/1981 estende il principio di legalità alle sanzioni amministrative, prevedendo che nessuno possa essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge entrata in vigore prima della commissione della violazione.

La medesima legge tuttavia precisa inoltre che il principio di legalità in materia di sanzioni amministrative opera per quanto concerne la riserva di legge, ma non in relazione e al principio di retroattività della disposizione più favorevole, che resta esclusivo corollario del principio di legalità in materia penale.

Il principio di legalità trova riscontro anche a livello sovranazionale in svariate fonti europee ed internazionali, quali l'art. 7 CEDU e l'art. 11 co.2 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Così come desunto dalle norme appena analizzate il principio di legalità risulta nella sua accezione formale, per la quale comporta il divieto di punire un fatto non espressamente previsto come reato dalla legge vigente al momento della sua commissione e con pene dalla stessa non puntualmente stabilite.

Dall'accezione formale del principio di legalità deriva anche una concezione formale di reato, potendosi considerare tale soltanto la condotta espressamente qualificata dalla legge come illecito penale, escludendo così la valutazione della

antisocialità o pericolosità della condotta e potendo verificare soltanto il dato normativo.

Un'ulteriore accezione del principio di legalità è quella sostanziale, per la quale si considerano reati, a prescindere dalla espressa incriminazione, i fatti socialmente pericolosi e si considera reato la condotta che offende l'ordine sociale dello Stato, valutando così anche fattori extra legali per determinare la punibilità del fatto stesso.

Tuttavia questa accezione, basandosi prettamente sulla coscienza sociale e sul sentimento del popolo, offre fattori di determinazione del penalmente rilevante dai confini eccessivamente labili e dal contenuto mutevole, e ciò incide eccessivamente sulla necessità di certezza del diritto e innesca il rischio di arbitrii e discriminazioni al momento di applicazione della sanzione penale.

Pur evincendosi dal dettato costituzionale e dalle fonti di rango primario una concezione formale di legalità, l'ordinamento italiano sposa un'accezione mista in base alla quale è sì il legislatore solo a qualificare un determinato comportamento come reato e ad individuare la rispettiva pena, ma nella formazione del precetto penale e delle conseguenze sanzionatorie è tenuto a rispettare determinati parametri costituzionali.

Tali parametri si evincono dal testo della carta costituzionale, in particolare in linea con quanto stabilito all'art. 25 co.2 Cost., il cui dato letterale fa riferimento al "fatto", è necessaria la materialità del reato, da ciò si deduce come non sia possibile per il legislatore configurare reati d'opinione.

Inoltre all'art. 13 Cost. è stabilito il principio di offensività in base al quale, essendo la libertà personale inviolabile, tale limitazione è ammessa soltanto in risposta ad una condotta offensiva di beni costituzionalmente significativi.

Dall'art. 27 Cost. si deduce la necessaria riferibilità eziologica e psicologica del reato all'individuo che l'ha commesso, stabilendo tale articolo la personalità della responsabilità penale, e la necessaria proporzionalità e finalità rieducativa del condannato come connotato essenziale del trattamento sanzionatorio, non potendo quest'ultimo configurarsi come un trattamento contrario al senso di umanità ed essendo costituzionalmente prevista quanto meno la tendenza della pena stessa alla rieducazione del condannato.

Il principio di legalità, garantendo il cittadino contro l'arbitrio del giudice, preclude la punibilità dei casi non espressamente previsti dalla legge come reato.

Stabilendo ciò il principio di legalità implica direttamente, come suo corollario, il principio di tassatività in quanto, soltanto attraverso una formulazione precisa della fattispecie criminosa, viene arginato il rischio che la stessa fattispecie possa essere interpretata diversamente o analogicamente estesa ad altri casi ad opera del giudice.

Il principio di tassatività attiene alla tecnica di formulazione della norma penale, impone chiarezza e precisione al legislatore nella formazione e stesura della norma penale e vieta al giudice l'applicazione in via analogica della stessa ad altri casi non ricompresi nelle condotte che costituiscono reato per la legge penale.

In quanto corollario del principio di legalità il principio di tassatività gode di copertura costituzionale sebbene non vi sia fatto alcun riferimento nel dato letterale dell'art. 25 co.2 Cost.

Tale estensione della copertura costituzionale è finalizzata a consentire la piena attuazione della funzione garantista dei principi di irretroattività e riserva di legge nella materia penale, poiché senza una puntuale formulazione della norma incriminatrice sarebbe impossibile configurare a priori quale sia la condotta antiggiuridica e, di conseguenza, l'arbitrio nella decisione spetterebbe al giudice caso per caso.

Dunque, nonostante la terminologia risulti spesso utilizzata analogamente, è bene precisare la differenza dal punto di vista logico tra ciò che si intende per determinatezza e ciò che si intende per tassatività.

La determinatezza attiene infatti alla modalità di stesura della norma, e comprende il sopra citato dovere del legislatore di indicazione puntuale della fattispecie criminosa; la tassatività attiene invece agli effetti, ossia all'efficacia che alla norma penale è data dal rispetto del principio di legalità, per questo implica il divieto di applicazione analogica della norma stessa.

Sebbene non sia espressamente menzionato nella Carta Costituzionale, il principio di tassatività emerge dal dato normativo dell'art. 1 c.p., in quanto questo vieta di punire un individuo per un fatto non stabilito espressamente dalla legge come reato, e dall'art. 14 disp. prel. c.c., che stabilisce il divieto di analogia delle leggi penali.

Il principio di tassatività inoltre costituisce parametro di costituzionalità della legge penale relativamente alla formulazione tecnica di quest'ultima, essendo incostituzionale la norma penale che non rispetta tale principio.

Nell'analizzare la questione sollevata in relazione alla conformità della legge penale al parametro del principio di tassatività la Corte Costituzionale opera una valutazione di congruenza della norma in esame rispetto alla precisione e puntualità che il principio stesso richiede, rinvenendo un vulnus di costituzionalità nelle norme penali indeterminate o generiche al punto di non consentire una precisa individuazione della fattispecie incriminatrice dalla lettura della norma stessa.

Dunque il principio di tassatività si considera rispettato se la fattispecie è sufficientemente determinata da consentire al giudice di individuare, anche mediante tecniche ermeneutiche, la condotta disciplinata dalla legge ed è invece da considerarsi violato qualora, neppure attraverso l'interpretazione, si possa giungere ad individuare precisamente la fattispecie indicata dalla legge.

Proprio in virtù del principio di tassatività, che impone di stabilire con determinatezza i fatti di reato, è costituzionalizzato anche il divieto di analogia in materia penale, poiché se si applicasse anche in ambito penale il criterio disposto dall'art. 12 disp. prel. c.c., ossia se si utilizzasse l'analogia legis o iuris per risolvere casi simili a quelli disciplinati normativamente ma in essi non ricompresi, la determinatezza della fattispecie incriminatrice e la certezza del diritto verrebbero meno.

Il divieto di analogia in materia penale vincola anche il legislatore, che non deve utilizzare nelle norme penali formulazioni che favoriscano un'estensione analogica facendo riferimento a casi simili o analoghi.

Ci si chiede se la portata del divieto di analogia in materia penale sia assoluta, e dunque estesa anche alle norme favorevoli al reo, o relativa, e dunque limitata alle sole norme penali sfavorevoli.

Per rispondere a tale quesito occorre analizzare il dato testuale dell'art. 14 disp. prel. c.c., in base al quale le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati.

Secondo la prevalente dottrina l'art. 14 disp. prel. c.c. non ha efficacia estesa alle norme favorevoli al reo, dovendosi intendere come legge penale la sola legge incriminatrice.

Sempre secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti per comprendere se le norme penali di favore rientrano nelle leggi che fanno eccezione ad altre leggi o a regole generali è necessario distinguere in base alla natura della norma presa in esame.

Se infatti la norma penale di favore ha carattere regolare in essa non si ravvisa l'eccezionalità, bensì la disciplina di una situazione generale, in cui chiunque, al verificarsi di determinati presupposti, può versare, e dunque in tali casi si ritiene che il divieto di analogia non sia applicabile.

Quando invece la norma penale di favore ha in sé caratteri eccezionali, introducendo una disciplina derogatoria rispetto a quella generale già stabilita, dato il carattere di eccezionalità della norma stessa, non è possibile applicare la stessa in via analogica a casi in essa non ricompresi, in quanto atta a disciplinare situazioni particolari e determinate o giustificata da scelte politico-criminali specifiche, e dunque si applica l'art. 14 disp. prel. c.c.

Al fine di poter successivamente analizzare l'operato della Corte Costituzionale in relazione alle norme penali di favore e le critiche che a questa vengono mosse proprio in ragione dell'esistenza del divieto di analogia, è necessario analizzare brevemente come l'analogia stessa opera nelle diverse norme di favore.

Per quanto concerne le scriminanti, ossia situazioni al verificarsi delle quali il compimento di un fatto illecito penalmente sanzionato risulta lecito per l'ordinamento, non si ravvisano problematiche in relazione all'eccezionalità di queste rispetto alla regola generale, in quanto la regola generale sanziona un fatto illecito, mentre la scriminante in quanto tale riguarda un fatto *ab originem* considerato lecito e dunque non derogatorio rispetto ad un principio generale ma espressione di una regola generale differente.

In linea di principio dunque l'analogia non è preclusa rispetto alle scriminanti, tuttavia il divieto di analogia opera per scriminanti quali l'esercizio del diritto, l'adempimento del dovere, lo stato di necessità o l'uso legittimo delle armi, in quanto si tratta di fattispecie la cui struttura già ricomprende in sé tutte le ipotesi riconducibili alle loro ratio.

Per quanto riguarda l'imputabilità, che ha come presupposto la capacità di intendere e di volere, pur dovendo la presenza di tale capacità essere verificata al momento della commissione dell'illecito, la legge detta i presupposti in presenza dei quali l'imputabilità risulta esclusa o attenuata.

Tali cause di esclusione dell'imputabilità sono espressione del principio generale in forza del quale è punibile soltanto chi, al momento della commissione del fatto, era capace di intendere e di volere.

In quanto espressive di un principio generale si ritiene che le cause di esclusione dell'imputabilità siano estensibili in via analogica a casi affini non disciplinati.

In relazione alle cause di esclusione della punibilità, ossia alle situazioni in cui, pur essendovi stata la commissione di un illecito, la legge non applica la sanzione per ragioni di opportunità, stante il carattere eccezionale di tali norme rispetto al generale principio per il quale all'autore di un fatto penalmente rilevante devono essere applicate le sanzioni previste dalla legge, il divieto di analogia opera pienamente.

La medesima conclusione deve trarsi in relazione alle attenuanti, per le quali il divieto di analogia opera in quanto rappresentano un'eccezione al principio generale per il quale la pena si determina tra il minimo ed il massimo edittali.

Presi in esame il principio di tassatività della legge penale ed il divieto di analogia che esso implica, è necessario analizzare un ulteriore corollario del principio di legalità, ossia il principio di irretroattività della legge penale, il quale esprime il divieto di applicare la legge penale a fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della stessa.

Il divieto espresso dal principio di irretroattività risulta essere il completamento logico dei principi di tassatività e riserva di legge, esprimendo il favor libertatis ha una chiara funzione garantista per il cittadino avverso l'arbitrio del legislatore.

Infatti, assicurando al consociato che non potrà ricevere una pena non prevista, o maggiore di quella prevista al momento della commissione del fatto antiggiuridico, il principio di irretroattività della legge penale tutela la libertà di azione del singolo nei confronti delle decisioni di politica criminale prese successivamente dal Parlamento.

Completamento naturale dei corollari appena indicati è il principio di non ultrattività della legge penale, in base al quale la legge penale, così come stabilito negli

artt. 25 co.2 Cost., 11 disp. prel. c.c., 2 co.1 c.p., ha validità circoscritta al tempo in cui la legge stessa è in vigore.

Stante la ratio garantista del principio di irretroattività della legge penale e la ricostruzione della dottrina prevalente precedentemente analizzata, per la quale si deve intendere il concetto di legge penale circoscritto alle norme incriminatrici, la giurisprudenza maggioritaria riconosce al principio stesso natura relativa, applicandolo soltanto alla legge penale sfavorevole.

Tale concezione relativa consente la permanenza nell'ordinamento, senza contrasti con il medesimo principio di irretroattività della legge penale, del principio di retroattività della legge penale favorevole disposto dall'art. 2 co.2 c.p., in base al quale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato e qualora vi sia stata la condanna ne cessano gli effetti e l'esecuzione penale.

La giustificazione del principio di retroattività della legge penale favorevole si rinviene nell'art. 3 Cost., il quale, prescrivendo l'uguaglianza sostanziale e la parità di trattamento, prevede che siano equiparati i trattamenti sanzionatori per fatti identici anche qualora un fatto sia stato commesso anteriormente all'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica in mitius del trattamento sanzionatorio.

Nonostante la disciplina della successione delle norme penali nel tempo dettata dall'art. 2 c.p., cui a seconda dei casi si applicherà il principio di retroattività o irretroattività come sopra citato, non menzioni le ipotesi degli effetti delle pronunce di incostituzionalità di una norma penale, giova ricordare la disciplina applicabile a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale.

Inizialmente, concordemente con il dato letterale dell'art. 136 Cost., la dottrina riteneva che nel caso di dichiarazione di incostituzionalità di una norma incriminatrice, la pronuncia avesse effetti ex nunc, escludendo così l'efficacia retroattiva delle pronunce della Corte e configurando un fenomeno successorio rilevante ex art. 2 c.p.

Attraverso l'interpretazione autentica fornita dal legislatore con l'art. 30 l. 87/1953 dettagliatamente analizzata nel precedente paragrafo, si dispone che, qualora sulla base della norma dichiarata incostituzionale sia stata emessa una sentenza di condanna irrevocabile, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali.

Sulla base di questa interpretazione si afferma dunque l'efficacia ex tunc delle sentenze della Corte Costituzionale e, conseguentemente, la retroattività dell'incostituzionalità di una norma incriminatrice, cosicché non è possibile inquadrare questa ipotesi nella disciplina dei fenomeni successivi ex art. 2 c.p.

Dati gli effetti ex tunc delle pronunce di incostituzionalità delle norme incriminatrici, la sentenza della Corte Costituzionale configura in tali casi un'ipotesi di abolitio criminis e, alla stregua di una legge successiva alla prima, rimuove una determinata condotta dalle ipotesi di reato o ne restringe la portata percettiva, divenendo così irrilevanti le condotte precedentemente sanzionate penalmente, a prescindere dal momento del loro compimento.

Diversa è l'ipotesi in cui la declaratoria di incostituzionalità riguardi non una norma incriminatrice, bensì una norma penale di favore.

In tal caso è necessario distinguere, analogamente a quanto la Corte Costituzionale ha precisato per i decreti legge non convertiti in legge, tra fatti pregressi o concomitanti all'entrata in vigore della norma successivamente dichiarata incostituzionale.

In particolare per i fatti pregressi si dovrà applicare la legge vigente al momento della commissione del fatto anche qualora la legge successiva dichiarata incostituzionale risulti più favorevole, nell'ipotesi di fatti concomitanti invece, qualora risulti essere più favorevole, si applicherà la norma penale di favore dichiarata incostituzionale.

Inoltre l'art. 673 c.p.p. dispone la revoca della sentenza di condanna nel caso di abrogazione o di dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice.

A fronte della chiarezza del dato letterale ci si chiede tuttavia se vi sia un'incidenza sulla sentenza penale di condanna della declaratoria di incostituzionalità relativa a norme non introduttive di nuove fattispecie di reato e dunque non incriminatrici, ma pur incidenti in modo significativo sul trattamento sanzionatorio.

La dottrina prevalente in merito si è espressa nel senso di considerare l'art. 673 c.p.p. operante soltanto in relazione ai fenomeni di depenalizzazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'intera fattispecie oggetto della sentenza irrevocabile.

Ne consegue che una revoca parziale della sentenza penale di condanna può esistere soltanto in riferimento all'eliminazione della condanna per uno o più reati

oggetto del giudizio, non estendendosi a possibilità di modifica del giudicato formale per aspetti interni di tipo circostanziale o sanzionatorio.

Emblematico circa gli effetti sulla sentenza di condanna della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale a carattere non incriminante bensì sanzionatorio è un recente caso in materia di stupefacenti.

Con la sent. 251/2012⁷ infatti la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69 c.p. laddove vietava la prevalenza dell'attenuante ex art. 73 co.5 D.P.R. 309/1990 sulla recidiva reiterata, precisando che gli effetti di una declaratoria di incostituzionalità non possono essere considerati alla stregua degli effetti dello *ius superveniens*.

In particolare, mentre lo *ius superveniens* trova un limite nella sentenza irrevocabile di condanna tale per il quale la nuova legge penale più favorevole dal punto di vista del trattamento sanzionatorio non può applicarsi al rapporto già esauritosi in ragione della vigenza della normativa precedente, la pronuncia di incostituzionalità al contrario rimuove tutti gli effetti pregiudizievoli della sentenza penale di condanna anche qualora questa sia irrevocabile e fondata soltanto parzialmente sulla norma oggetto del positivo accertamento di illegittimità costituzionale, con il solo limite degli effetti ritenuti irreversibili in quanto totalmente compiuti o consumatisi anteriormente alla pronuncia della Corte Costituzionale.

Tale differenza di effetti tra lo *ius superveniens* e le pronunce di incostituzionalità si spiega in ragione del diverso scopo cui esse attengono, con lo *ius superveniens* infatti l'intento del legislatore è quello di innovare la disciplina, nel caso in esame con trattamenti sanzionatori più miti, la sentenza della Corte Costituzionale garantisce invece il rispetto dei principi costituzionali e la conformità della legge stessa a Costituzione, andando così a colpire l'invalidità della norma in esame, e consente, o meglio implica, dunque, nel caso in esame la rideterminazione della pena da parte del giudice dell'esecuzione alla luce dell'incostituzionalità della norma non incriminatrice, qualora la pena stessa non sia già stata interamente espiata.

Sulla scia di quanto statuito dalla Corte Costituzionale nella sentenza appena esaminata la Cassazione, nella sent. 37107/2015, ribadisce le medesime risultanze ed afferma la necessità di riquantificare in ogni caso la pena irrogata in via definitiva sulla

⁷ Sent. 251/2012 Corte Cost.

base di una norma dichiarata incostituzionale e, nel caso di specie, conferma la necessaria rivalutazione delle pene irrogate in relazione alle droghe leggere quando il trattamento sanzionatorio era equiparato a quello previsto per le droghe pesanti sulla base della disciplina dichiarata costituzionalmente illegittima con sent. 32/2014 Corte Cost.

Ricordata la funzione del principio di legalità ed i suoi corollari principi di tassatività, irretroattività e divieto di analogia, è ora necessario, per analizzare l'operato della Corte Costituzionale in relazione a tale limite, esaminare la natura e l'oggetto della riserva di legge che il principio di legalità richiede.

Si ricorda come il principio di riserva di legge esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge preesistente che lo configuri come reato e ne preveda la relativa sanzione.

La riserva di legge in esame, come si evince dagli artt. 25 co.2 Cost. e 1 c.p., riguarda esclusivamente le norme incriminatrici, essendo queste le sole atte a determinare l'an ed il quantum della pena, tra tali norme si ricomprendono quelle che delineano il fatto di reato, la colpevolezza e la punibilità, quelle che estendono la punibilità ai casi del tentativo di reato, del concorso di persone e dell'istituzione, quelle disciplinanti le circostanze che incidono sulla gravità del reato e quelle regolatrici del tipo, contenuto e misura delle sanzioni penali.

Essendo il principio di riserva di legge atto a sottrarre la libertà del singolo dall'arbitrio del potere esecutivo e giudiziario, si esclude che fonte del diritto penale possa essere una legge non scritta o un atto normativo diverso dalla legge stessa o da atti di pari rango.

Quest'ultima precisazione inquadra dunque la problematica della natura formale o materiale della riserva di legge, la quale si determina in base all'estensione interpretativa del significato di "legge" così come inteso negli artt. 25 co.2 Cost. e 1 c.p.

La dottrina maggioritaria intende il concetto di legge espresso nei suddetti articoli come comprensivo non soltanto della legge ordinaria, bensì anche degli atti aventi forza di legge, essendo ad essa equiparati; dunque secondo la ricostruzione della dottrina prevalente sono fonti del diritto penale conformi al requisito della riserva di

legge la legge formale, ossia la legge ordinaria, la legge materiale, ossia gli atti aventi forza di legge emanati da organi diversi dal potere legislativo, ed i decreti legge.

Pur ricomprendendo i decreti legislativi ed i decreti legge il principio di riserva di legge esclude che possano essere fonte di diritto penale gli altri atti normativi propri del potere esecutivo, ed in particolare vieta al potere esecutivo di emanare norme penali nell'esercizio del potere regolamentare e al legislatore di cedere il potere legislativo in materia penale a favore di quello regolamentare, non essendo i regolamenti equiparati alla legge ordinaria per rango e, conseguentemente, per efficacia.

L'art. 117 co.2 Cost. stabilisce inoltre la potestà esclusiva dello Stato per legiferare in materia penale, cosicché la legge regionale, pur rappresentando l'esercizio della potestà legislativa attribuita alle regioni, non può rappresentare una fonte del diritto penale.

Accertata la natura materiale della riserva di legge, è ora necessario comprendere se questa sia da intendersi come relativa o assoluta, e dunque se la materia penale possa essere completata da fonti di rango subordinato concorrenti con la legge ordinaria nella descrizione del precetto penale, o se invece sia esclusivamente la norma di rango primario a dover disciplinare per intero l'ambito penale.

Secondo la tesi della riserva relativa al legislatore sarebbe consentito di delineare gli aspetti fondamentali della materia penale, stabilendo gli elementi essenziali del reato e di affidare l'integrazione del precetto e la descrizione della tipologia di illecito ai regolamenti, questo al fine di non rallentare eccessivamente la produzione delle norme penali, tuttavia a tale tesi si obietta l'eccessivo sconfinamento del potere regolamentare rispetto ai limiti imposti dalla riserva di legge, andando il completamento e l'integrazione della norma penale ad incidere nella sfera di discrezionalità attribuita al legislatore.

Secondo la tesi della riserva assoluta il legislatore dovrebbe dettare la disciplina di ogni aspetto della materia penale in modo completo, non essendovi alcuno spazio per l'intervento del potere regolamentare, tuttavia questa tesi c.d. "pura" trascura le difficoltà del legislatore nel far fronte all'esigenza di aggiornamento tempestivo delle proprie scelte di politica criminale, in particolar modo in relazione ad aspetti connotati da un elevato tecnicismo.

La tesi accolta dalla maggior parte della dottrina risulta contemperare le proposte precedenti e sostiene la riserva tendenzialmente assoluta.

Con tale termine si intende consentire di rinviare a norme regolamentari purché queste siano atte ad introdurre specificazioni e precisazioni tecniche in riferimento ad elementi già definiti dalla legge ordinaria o da atto ad essa equiparato e la legge stessa indichi il criterio tecnico che la norma regolamentare dovrà applicare, in modo tale che sia assicurato al legislatore il monopolio delle scelte di politica criminale e al contempo sia garantito un aggiornamento tempestivo delle disposizioni penali finalizzato ad evitare il contrasto tra queste e l'evoluzione storica.

In linea con quest'ultima teoria la Corte Costituzionale ha elaborato un orientamento che differenzia la natura della riserva di legge a seconda che la fonte secondaria si ponga in rapporto con il precetto o con la sanzione penale, qualificandola nel primo caso come riserva di legge relativa e nel secondo come riserva di legge assoluta.

In particolare essa ritiene che qualora la fonte secondaria vada ad integrare il precetto la legge debba indicare in modo specifico i presupposti, i caratteri ed i limiti del provvedimento che emanerà l'autorità non legislativa, affinché l'attività di quest'ultima possa essere considerata non di tipo creativo, bensì come coerente sviluppo di una disciplina previamente delineata dalla legge.

Per quanto concerne invece la norma sanzionatoria, secondo la Corte Costituzionale in linea con il principio di riserva di legge sarà esclusivamente il legislatore a stabilire quale sanzione penale debba applicarsi in risposta alla trasgressione di un determinato precetto in quanto la libertà personale, potenzialmente limitata dalle sanzioni penali, è un bene tutelato a livello costituzionale in ordine al quale l'autorità amministrativa non ha alcun potere di intervento o limitazione.

Preso atto della concezione della prevalente dottrina della riserva di legge come tendenzialmente assoluta e tenuto conto dell'orientamento pressoché costante della Corte Costituzionale in materia, è necessario esaminare brevemente le modalità ed i limiti entro i quali è consentito all'autorità non legislativa di integrare con atti regolamentari il precetto penale.

Il legislatore può avvalersi di tre modelli mediante i quali strutturare il precetto penale: nel primo modello questo, oltre a stabilire la sanzione, dispone gli elementi

essenziali della fattispecie incriminatrice e rimette al regolamento la definizione tecnica di alcuni elementi della fattispecie stessa; nel secondo modello la legge ordinaria indica la sanzione da attribuire ad una determinata fattispecie ed i criteri in base ai quali la fonte sublegislativa formulerà il precetto; il terzo modello è quello che più si allontana dalla concezione della riserva di legge come assoluta, stabilendo in questo caso il legislatore soltanto la sanzione e lasciando all'amministrazione la definizione completa della fattispecie relativa.

In relazione alla strutturazione del precetto penale in base al terzo modello ci si chiede se il principio di riserva di legge, sia essa intesa come assoluta o tendenzialmente assoluta, risulti effettivamente rispettato.

La risposta a tale quesito appare negativa se si prende in esame il caso in cui la norma regolamentare non sia preesistente rispetto alla legge penale ordinaria, in quanto la norma penale opererebbe un rinvio ad un regolamento emanato successivamente alla legge che prevede la sanzione, in tal modo il fondamentale principio della certezza del diritto risulterebbe compromesso dovendosi individuare a posteriori le condotte cui la sanzione stabilita dalla legge ordinaria verrebbe applicata.

Nel caso in cui la norma regolamentare sia preesistente alla legge penale ordinaria invece la riserva di legge si ritiene rispettata non essendovi l'introduzione di nuovi elementi da parte dell'amministrazione in un momento successivo ed essendo rispettato il principio di certezza del diritto.

Tale tecnica rispetta il principio di riserva di legge in materia penale e si ritiene giustificata da ragioni economia legislativa, in quanto la legge ordinaria in questo caso si limita ad operare un rinvio fisso alle disposizioni regolamentari, assorbendo le così nel precetto penale senza riprodurne il testo per intero.

La tecnica del rinvio a norme regolamentari o provvedimentali nel precetto penale è stata inizialmente oggetto di questione di legittimità costituzionale e risolta dalla Corte Costituzionale nel senso della legittimità dell'utilizzo del rinvio fisso.

Con la sent. 282/1990 la Corte Costituzionale, trovandosi a riesaminare la questione di legittimità costituzionale relativa a tale tecnica, evidenzia come sia necessario, ai fini della conformità a costituzione dell'utilizzo del rinvio in materia penale, distinguere tra le ipotesi di rinvio fisso e rinvio mobile.

Per rinvio fisso si intende il richiamo alla disciplina regolamentare così come redatta al tempo in cui il rinvio è stato operato, non influenzando successive modificazioni della disposizione regolamentare sul precetto in cui il rinvio è presente; con rinvio mobile si intende invece il richiamo al regolamento comprensivo di ogni eventuale successiva modifica delle disposizioni dello stesso.

In materia penale la Corte Costituzionale ritiene sempre legittimo l'utilizzo del rinvio fisso ad una norma regolamentare, conforme alla riserva di legge in quanto questa tecnica presuppone che l'amministrazione non abbia facoltà di modificare, sostituire o abrogare l'atto normativo preesistente, non operando eventuali modificazioni successive in relazione alla fattispecie penale per la quale era stato disposto il rinvio fisso.

Nel caso di un rinvio mobile la Corte Costituzionale ritiene invece che questo sia legittimo soltanto qualora nel caso concreto sia rispettata la riserva di legge in materia penale intesa come tendenzialmente assoluta.

Un ulteriore quesito circa l'integrazione del precetto si pone in relazione alle c.d. norme penali in bianco, istituto di creazione dottrinale ricomprendente le norme penali la cui sanzione è determinata ma che dispongono di un precetto generico, prescrivente il dovere di obbedienza, che viene integrato da atti normativi di rango inferiore.

Dunque le norme penali in bianco si compongono di una sanzione e di un precetto contenuto, parzialmente o totalmente, in una norma diversa da quella disciplinante la relativa sanzione penale.

In particolare il precetto delle norme penali in bianco può essere contenuto in una norma statale, cui la norma sanzionatoria rinvia, ed in tal caso non si pone, essendo ambedue le fonti di rango primario, alcun problema in relazione alla riserva di legge; il precetto può tuttavia essere anche posto da un atto generale ed astratto del potere esecutivo o da una fonte sublegislativa cui la legge penale rinvia, ed in tal caso il rinvio può considerarsi legittimo soltanto qualora l'intervento della fonte secondaria sia tecnico e meramente integrativo.

Un'altra ipotesi di norma penale in bianco si configura quando la sanzione penale determinata dalla legge sia ricondotta alla violazione di atti individuali dell'autorità amministrativa o giudiziaria, a titolo esemplificativo si ricordi l'art. 650 c.p., rientrante in quest'ipotesi di norme penali in bianco in quanto sanzionante

l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato dall'autorità giudiziaria per ragioni di giustizia o sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene.

La tecnica legislativa che rinvia per il precetto al rispetto di un atto individuale dell'autorità giudiziaria o amministrativa è espressamente riconosciuta come legittima dalla Corte Costituzionale qualora i limiti, i presupposti, i caratteri ed il contenuto dei provvedimenti di tale autorità, alla cui trasgressione segue l'applicazione della sanzione penale, siano specificamente individuati da una legge statale.

Tale requisito della disciplina legislativa si motiva in quanto, se provvedimenti risultano normativamente individuati nel contenuto e nei presupposti, oltre che individuali e concreti quando emanati, la fattispecie penale risulta pienamente disciplinata, anche in relazione al precetto, da una legge statale che individua la condotta illecita nel mancato rispetto di determinate categorie di provvedimenti disciplinati dalla legge stessa.

3. Il rapporto tra l'attività della Corte Costituzionale e la riserva di legge

In tema di riserva di legge è essenziale, al fine di addentrarsi nell'analisi della questione dell'operato della Corte Costituzionale entro i limiti del rispetto del principio di legalità, analizzare la problematica del controllo di legittimità costituzionale che la Corte esercita relativamente a disposizioni incriminatrici e sanzionatorie penali.

Gli effetti delle sentenze della Corte Costituzionale in materia penale si definiscono in relazione alla posizione che il reo viene ad assumere dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul precetto penale, cosicché le pronunce si definiscono in malam partem quando la posizione del reo, a seguito della pronuncia della Consulta, risulta aggravata, ed in bonam partem qualora al contrario la posizione del reo ne tragga giovamento.

È indubbio in dottrina il contrasto con il principio di riserva di legge delle pronunce della Corte Costituzionale nel caso in cui l'effetto in malam partem che ne derivi al reo sia conseguente ad un intervento di tipo estensivo della punibilità a condotte non previste dalla legge o di un inasprimento del trattamento sanzionatorio.

Una pronuncia che comporti tali effetti non è ammissibile in materia penale in quanto, estendendo la punibilità o inasprendo il trattamento sanzionatorio, la Corte Costituzionale giungerebbe a compiere scelte di politica criminali spettanti esclusivamente al legislatore in qualità di rappresentante della volontà del popolo.

Tuttavia un intervento della Corte Costituzionale che comporti effetti in malam partem per il reo non è prospettabile solamente nelle modalità appena indicate con una sostanziale sostituzione al legislatore, bensì gli effetti in malam partem possono derivare anche dal funzionamento dei meccanismi ordinamentali atti a colmare le lacune createsi a seguito di una pronuncia di incostituzionalità.

In quest'ultima ipotesi l'intervento della Corte Costituzionale non può ritenersi inammissibile in quanto non configgente con i principi di legalità e riserva di legge: la pronuncia di incostituzionalità di un dispositivo di legge penale non implica infatti alcuna sostituzione della Corte Costituzionale al legislatore né un'attività estensiva dell'ambito penalmente rilevante.

Tuttavia anche nelle ipotesi in cui la Consulta si limita a svolgere il proprio ruolo di giudice delle leggi e di garante della costituzionalità, è possibile che un effetto in malam partem si produca a seguito della pronuncia di incostituzionalità poiché quest'ultima implica la creazione di una lacuna nella disciplina penale rispetto all'assetto normativo precedente alla sentenza, e nel colmare tale lacuna è possibile che si presentino effetti sfavorevoli per il reo rispetto alla disciplina precedentemente in vigore.

In tal senso la Corte Costituzionale, con la sent. 394/2006⁸, ha affermato chiaramente la possibilità di esercitare il sindacato di costituzionalità sulle norme penali anche qualora da questo derivino effetti in malam partem, purchè la discrezionalità legislativa non ne risulti incisa, ossia purchè non vi sia un ampliamento del penalmente rilevante o un inasprimento sanzionatorio.

L'estensione del penalmente rilevante, come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella medesima sentenza, deve essere frutto di un'attività creatrice della Consulta affinché possa ritenersi contraria ai principi di riserva di legge e legalità.

Nel motivare la decisione in esame la Corte Costituzionale afferma infatti che quando l'incostituzionalità colpisce norme penali di favore, tali in quanto determinanti

⁸ Sent. 394/2006 Corte Cost.

un trattamento sanzionatorio più favorevole per determinati soggetti o a determinate condizioni rispetto a quanto previsto dalla norma generale, l'effetto in malam partem che ne deriva non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme già esistenti, ma rappresenta una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune dettata dal legislatore.

In tali casi la Corte Costituzionale non si sostituisce al legislatore, le scelte del quale permangono immutate attraverso la riespansione della disciplina dallo stesso stabilita, ma si limita a rimuovere la disposizione costituzionalmente illegittima.

La dottrina a favore della riserva di legge rigidamente intesa sostiene che, pur non trattandosi in questi casi di interventi manipolativi e dunque creativi da parte della Corte Costituzionale, quest'ultima utilizzando il criterio della ragionevolezza e sindacando sulle norme penali di favore giunga a sindacare le scelte adottate dal legislatore all'interno della sfera di discrezionalità che gli è attribuita in materia penale.

Inoltre il medesimo filone della dottrina ravvisa negli interventi della Corte Costituzionale appena citati una contrarietà al principio di irretroattività della legge penale sancito all'art. 2 c.p., in quanto attraverso la declaratoria di incostituzionalità la Corte renderebbe retroattiva la norma penale eliminando i casi previsti dalla norma di favore dichiarata incostituzionale.⁹

Avverso le critiche mosse dalla dottrina più rigida giova sottolineare quanto ribadito dalla stessa Corte Costituzionale, ossia che l'effetto in malam partem dato dalla declaratoria di incostituzionalità di una norma penale di favore non si scontra con il principio di irretroattività della legge penale poiché non è l'efficacia temporale della norma ad essere modificata, ma ciò che si verifica è una mera riespansione della norma penale dettata dal legislatore per la generalità dei casi e dei suoi effetti, in conseguenza al venir meno della norma penale di favore.

A sostegno di una tesi meno rigida, accolta anche dalla Corte Costituzionale nell'orientamento favorevole alla sindacabilità costituzionale delle norme penali di favore, giova anche ricordare come le norme penali di favore, per struttura, siano finalizzate a sottrarre determinati fatti o soggetti dalla sfera di applicazione della

⁹ G. Laneve, "La Corte giudica sui nuovi criteri di ragguglio tra pena detentiva e pena pecuniaria in caso di decreto penale di condanna, trasformati in ismi sull'ammissibilità delle questioni con effetti in malam partem e logiche sostanziali sull'individuazione della pena", in *Rivista italiana di diritto e procedura*, 2019

fattispecie incriminatrice e non delimitino dunque la sfera del penalmente rilevante, né tantomeno concorrano alla definizione della fattispecie per la quale la norma incriminatrice opera.

Dunque il principio di riserva di legge non può ritenersi violato dalla Corte Costituzionale nell'esercizio del sindacato di costituzionalità su norme che non possono essere definite come incriminatrici e la cui cancellazione a seguito di declaratoria di incostituzionalità comporta una mera riespansione dell'ambito del penalmente rilevante così come individuato dal legislatore.

L'orientamento della Corte Costituzionale che ritiene ammissibile il sindacato sulle norme penali con effetti in malam partem purchè effetto di una mera riespansione della disciplina preesistente è ribadito dalla Corte stessa con la sent. 5/2014¹⁰, nella quale è affermata l'ammissibilità del sindacato di costituzionalità su norme penali di favore, nel caso di specie produttive di abolitio criminis, per aver ecceduto i vincoli derivanti, ex art. 76 Cost., dal rispetto della legge delega.

Nella medesima sentenza la Corte motiva la propria decisione affermando che il principio di riserva di legge non risulta leso dal sindacato in malam partem sulle norme in esame, ma al contrario risulterebbe leso da una norma contenuta in un decreto legislativo assunto in violazione dell'art. 76 Cost. in quanto il Governo, intervenendo in materia penale ed incidendo nel caso di specie sul trattamento penale di alcuni fatti, valicando i limiti imposti dalla legge delega, adotterebbe scelte di politica criminale autonome rispetto a quelle del legislatore delegante.

Nella sent. 46/2014¹¹ la Corte Costituzionale ribadisce l'orientamento appena esaminato, nel caso di specie in relazione alla possibilità di sindacare la legittimità costituzionale con effetti in malam partem delle norme di favore prodotte dal Consiglio Regionale valicando i limiti della delega parlamentare, e chiarisce la ratio giustificativa del divieto di pronunce in malam partem in materia penale, ossia la salvaguardia del monopolio del Parlamento sulle scelte di politica criminale.

Secondo tale ottica appare ingiustificata la preclusione di un intervento della Corte Costituzionale con effetti in malam partem atto a sindacare sugli interventi normativi

¹⁰ Sent. 5/2014 Corte Cost.

¹¹ Sent. 46/2014 Corte Cost.

posti in essere da soggetti diversi dal legislatore e dunque non rappresentativi della collettività intera.

In tali casi dunque la Corte Costituzionale non solo sostiene l'ammissibilità del proprio intervento in materia penale anche con effetti in malam partem, ma afferma anche come tale intervento sia in realtà non solo rispettoso, bensì valorizzante e garantista del principio di riserva di legge, del quale le pronunce appena analizzate assicurano il rispetto.

Per quanto concerne l'intervento della Corte Costituzionale in materia penale con effetti in bonam partem, esso deve ritenersi ammesso in ossequio al principio del favor libertatis, tuttavia, considerato il principio di riserva di legge, anche in tali casi si ravvisano dei limiti all'attività della Corte affinché la discrezionalità legislativa non ne risulti pregiudicata.

In particolare, come affermato dalla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale¹², un intervento della Corte Costituzionale volto a ridurre la sfera del penalmente rilevante o ad alleggerire il trattamento sanzionatorio implica comunque un sindacato sull'attività legislativa, ed in materia penale la discrezionalità delle scelte del legislatore può essere censurata, e dunque in un certo qual modo anche limitata, soltanto ove sfoci nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio.

In riferimento alla sindacabilità delle scelte del legislatore in quanto irragionevoli o arbitrarie, giova esplicitare come la Corte Costituzionale giunga ad una valutazione di questa tipologia.

La Corte Costituzionale infatti, tendenzialmente estranea al merito dell'attività legislativa come disposto dall'art. 28 l. 87/1953, non analizza nel merito le questioni di costituzionalità qualora la norma impugnata implichi scelte di politica legislativa da attuare o qualora il quesito sollevato dal giudice a quo abbia carattere politico e sia dunque per la Corte Costituzionale impossibile rispondere con una pronuncia di incostituzionalità.

I limiti appena citati si affievoliscono quando la Corte Costituzionale opera un controllo di ragionevolezza, attraverso il quale può giungere anche a sindacare le scelte legislative in quanto arbitrarie o manifestamente irragionevoli.

¹² Sent. 198/2015 Corte Cost.

Mediante l'esercizio del controllo di ragionevolezza il giudice delle leggi non si limita a sindacare la legittimità costituzionale delle scelte legislative relativamente ad un determinato parametro costituzionale che il giudice a quo assume violato, ma, utilizzando la ragionevolezza stessa come criterio di costituzionalità della legge in esame, il giudizio si estende a tutti i principi costituzionali coinvolti nella questione al fine di attuare un bilanciamento tra di essi e di valutare in tal modo la ragionevolezza della scelta legislativa.

Il riferimento al criterio della ragionevolezza può essere inteso in una duplice accezione: secondo la prima accezione la ragionevolezza, legata all'art. 3 Cost., assurge a sinonimo di coerenza e razionalità della scelta legislativa, in base alla seconda accezione per ragionevolezza è possibile intendersi il concetto di equilibrio, inteso come un necessario bilanciamento che la Corte Costituzionale è chiamata ad operare per i valori costituzionalmente garantiti in gioco.

In un primo periodo la Corte Costituzionale è parsa in linea con il primo significato ascrivibile al controllo sulla ragionevolezza, ed ha dunque valutato la congruenza tra la scelta legislativa attuata e la ratio legis ad essa sottesa, non entrando così nel merito della scelta del legislatore ma verificandone soltanto la rispondenza rispetto a criteri da egli stesso fissati.

Più recentemente la Corte Costituzionale ha utilizzato il criterio della ragionevolezza anche nel suo secondo significato, non limitandosi a verificare la corrispondenza della normativa in esame alla ratio legis, bensì operando un bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco, essendo questi di pari valore ma apparendo, in relazione alla scelta legislativa che la Corte si accinge a sindacare, non realizzabili congiuntamente.

L'applicazione del controllo sulla ragionevolezza inteso secondo l'accezione appena analizzata ha sortito svariate critiche in relazione ai contorni eccessivamente sfuggenti della nozione e dei limiti del controllo operato e relativamente al rischio che, al fine di valutare la congruenza delle norme in esame, la razionalità della Corte Costituzionale vada a sovrapporsi a quella legislativa.

In risposta a tale critica giova ricordare che, essendo la Corte Costituzionale l'organo di chiusura dell'ordinamento italiano, il ruolo di garante del rispetto dei principi costituzionali non può essere esercitato dal giudice delle leggi in forma di

mera verifica circa la rispondenza di una legge a determinati parametri, in particolare qualora vengano in gioco molteplici principi costituzionali di pari valore.

In tale ipotesi l'attività della Consulta di controllo della ragionevolezza mediante bilanciamento non si sovrappone alla scelta politica legislativa stessa, bensì si esplica nella necessaria analisi della norma in esame alla luce dei principi costituzionali coinvolti, di modo da verificare che la scelta legislativa risponda quanto più possibile alla totalità dei principi costituzionali presenti e di modo da fornire, se così non fosse, adeguata tutela ai principi rimasti scoperti.

Nelle ipotesi in cui la Corte Costituzionale esercita la sua funzione di giudice delle leggi in materia penale con sentenze ricalcanti l'originario modello accoglimento-rigetto non si ravvisano dunque particolari contrasti con il principio di legalità ed il corollario principio di riserva di legge, in quanto l'attività creativa del precetto penale permane in tali casi interamente nella sfera legislativa, subentrando le questioni soltanto relativamente agli effetti di tali pronunce della Corte Costituzionale, siano essi in bonam o in malam partem, nei casi di rapporti giuridici conclusi con una sentenza di condanna irrevocabile analizzati precedentemente.

Un problema di contrasto con il principio di riserva di legge, intesa questa come tendenzialmente assoluta, appare porsi in relazione ad interventi della Corte Costituzionale in materia penale con sentenze di tipo manipolativo.

Con le sentenze manipolative la Corte Costituzionale interviene infatti sulla norma oggetto del sindacato di costituzionalità modificandone, almeno in parte, il dispositivo e conseguentemente gli effetti.

In ragione di tali effetti, seguendo un'interpretazione rigorosa del principio di legalità, per la quale esclusivamente il legislatore può creare ed integrare il dettato normativo, la giurisprudenza costituzionale ha tendenzialmente escluso la possibilità di operare in ambito penale interventi additivi.

Tale scelta appare decisamente rigida rispetto alle modalità di operare della Corte Costituzionale in altre materie coperte da riserva di legge, all'interno delle quali si riscontra l'utilizzo della tecnica delle pronunce manipolative additive o sostitutive, tuttavia il maggior rigore che accompagna la tesi dell'impossibilità di intervento manipolativo in materia penale si comprende alla luce dell'analisi della riserva di legge

non in quanto tale, bensì analizzata in quanto corollario del superiore principio di legalità.

Dunque, in ossequio di quanto disposto dall'art. 25 co. 2 Cost., la Corte Costituzionale stessa con giurisprudenza costante ha escluso la possibilità di intervenire con sentenze additive in bonam e in malam partem in materia penale, ciò per garantire l'esclusiva competenza legislativa in relazione alle norme incriminatrici e sanzionatorie, essendo in materia penale la riserva di legge tendenzialmente assoluta strettamente collegata alle scelte di politica criminale che soltanto il Parlamento, in quanto rappresentante del popolo, è chiamato a ponderare ed adottare.

Un ulteriore elemento giustificativo dell'adozione di un'interpretazione così stringente del principio di riserva di legge tale da non consentire interventi manipolativi della Consulta si rinviene nel principio di legalità delle pene.

Tale principio esige infatti completa certezza in ordine al trattamento sanzionatorio previsto, nell'an e nel quantum, collegato ad una determinata condotta posta in essere dal cittadino e tale certezza risulterebbe in un certo qual modo compromessa da un intervento manipolativo sostitutivo o additivo da parte della Corte Costituzionale se con esso si andasse a modificare il dispositivo di legge che disciplina la fattispecie della condotta che costituisce reato o la relativa sanzione.

Sebbene la tesi di un'interpretazione stretta e rigorosa del principio di riserva di legge trovi riscontro nelle argomentazioni appena esposte e nella giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale, negli ultimi cinque anni si rinviene un'apertura ad un'interpretazione più elastica, attuata dalla Consulta in particolar modo attraverso i giudizi di dosimetria sanzionatoria.

Tale interpretazione più elastica del principio di riserva di legge consente alla Corte Costituzionale di intervenire in materia penale con pronunce additive e sostitutive al fine di attuare un bilanciamento tra la riserva di legge e le esigenze ordinamentali di rispetto degli altri principi costituzionali.

In ragione della necessità, che permane in ragione del principio di legalità in materia penale sancito a livello costituzionale, di mantenere il rispetto della riserva di legge e dunque della sfera esclusiva di discrezionalità legislativa nella creazione delle norme, l'interpretazione più elastica apre alla possibilità di intervento della Corte

Costituzionale con tecniche che si discostano dal modello accoglimento-rigetto in ambito penale soltanto in casi limite.

I suddetti casi limite, pur non essendo definiti dalla giurisprudenza, si ravvisano nell'assetto concreto per la presenza di elementi tali da non consentire, a garanzia del rispetto dei principi costituzionali, un mancato intervento da parte della Corte Costituzionale.

Se da un lato infatti la riserva di legge in materia penale garantisce il cittadino contro l'arbitrio del potere giudiziario ed esecutivo, affidando al parlamento il compito di scegliere quali strategie di politica criminale adottare, dall'altro arriva in taluni casi a porsi, se rispettata secondo la tesi più rigida su esposta, quale limite al corretto rispetto di altri principi costituzionali.

I casi cui si fa riferimento si caratterizzano ad esempio per l'obsolescenza della normativa penale in relazione a talune condotte, il mancato aggiornamento della normativa in rapporto all'evoluzione storica e alla concezione di reato ha portato infatti, in taluni casi, ad un'incongruenza nel trattamento di casi sostanzialmente analoghi ma disciplinati diversamente dal dispositivo di legge penale.

Nei casi limite la Corte Costituzionale ha iniziato ad intervenire svolgendo la sua attività di organo di chiusura dell'ordinamento, ponderando il rispetto della riserva di legge, comunque garantito trattandosi nei casi limite di situazioni di eccezionalità e non allargandosi invece le pronunce manipolative ad ipotesi in cui non si ravvisi una compromissione degli altri principi costituzionali, al fine di garantire non solo una corretta valutazione ed attuazione dei molteplici interessi costituzionali in gioco, ma anche di assicurare una coerenza di fondo del sistema del quale è organo di chiusura, evitando evidenti differenze in relazione a casi della stessa tipologia.

Un ulteriore elemento a supporto della tesi di interpretazione più elastica del principio di riserva di legge è favorevole ad un'apertura all'intervento della Corte Costituzionale anche a mezzo di tecniche decisorie distanti dall'originario binomio accoglimento-rigetto è la necessità di evitare che insorga un problema di zona grigia all'interno della materia penale.

Con la terminologia zona grigia si intende un'area del diritto, nel caso di specie del diritto penale, nella quale la Corte Costituzionale si trovi, per via della riserva di legge

rigidamente intesa, a non poter esercitare completamente la funzione di controllo di conformità a costituzione delle norme che le è propria.

Permanendo in una concezione stringente dell'attuazione del rispetto della riserva di legge infatti si verrebbero a verificare situazioni nelle quali, pur se una disposizione normativa fosse costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevede un determinato trattamento giuridico o ne prevede uno difforme da quello costituzionalmente orientato, le uniche alternative prospettabili sarebbero il mantenimento di un *vulnus* di costituzionalità a discapito dei valori costituzionali in gioco, o la cancellazione totale del dispositivo di legge in esame, con la creazione consequenziale di una lacuna nella materia penale che il legislatore dovrebbe provvedere a colmare nuovamente, emanando una nuova legge in linea con il parametro costituzionale di riferimento.

La seconda soluzione che si è prospettata alla luce della riserva di legge rigidamente intesa mal si concilia con la necessità di economia dei mezzi giuridici ed il rischio, a fronte di una cessazione di tutti gli effetti di ogni norma penale che presenti un *vulnus* di incostituzionalità, è che l'attività legislativa non possa rispecchiare la stretta tempistica che richiede la ricopertura di lacune nel sistema normativo di diritto penale; inoltre l'attività della Corte Costituzionale limitata ad un accertamento positivo o negativo dell'incostituzionalità di una disposizione di legge non consentirebbe alla Corte stessa di esercitare compiutamente il suo ruolo di garante del rispetto della costituzione e di organo di chiusura dell'ordinamento.

4. I giudizi di dosimetria sanzionatoria

Di particolare rilievo in tema di intervento della Corte Costituzionale nella materia penale è inoltre la tecnica di dosimetria sanzionatoria, che è ora necessario analizzare approfonditamente per comprendere quali limiti la Corte Costituzionale incontri alla sua attività in materia penale e come possa estendersi il sindacato di costituzionalità a tali ambiti per attuare le garanzie di rispetto dei principi costituzionali.

I giudizi di dosimetria sanzionatoria costituiscono una tecnica decisoria di creazione giurisprudenziale della Corte Costituzionale il cui utilizzo risulta incrementato nel corso degli ultimi anni.

Come la terminologia stessa fa intendere si tratta di una ponderazione degli effetti sanzionatori di una determinata norma operata dalla Corte Costituzionale, e più precisamente di una parificazione in mitius del trattamento sanzionatorio previsto da una legge penale.

La parificazione del trattamento viene attuata adattando il trattamento sanzionatorio previsto da una norma penale alla sanzione meno severa prevista dalla legge per una fattispecie rispetto alla quale la prima risulta omogenea.

L'omogeneità tra la fattispecie sanzionata più aspramente e quella disciplinata dalla norma di raffronto consente di operare una riduzione del penalmente rilevante a garanzia del principio di uguaglianza, riconducendo in tal modo al medesimo trattamento fattispecie strutturalmente identiche.

Volendo analizzare dal punto di vista tecnico il giudizio di dosimetria sanzionatoria, esso si configura come una sentenza manipolativa di tipo sostitutivo, in quanto la parificazione in mitius del trattamento sanzionatorio si opera mediante la dichiarazione di incostituzionalità della norma in esame nella parte in cui essa prevede il trattamento sanzionatorio più aspro e non il medesimo previsto per le fattispecie ad essa omogenee.

Si pone dunque, anche in questo caso, il problema dell'ammissibilità di una pronuncia di tipo manipolativo in materia penale, obiettando il legislatore l'invasione della sua sfera di discrezionalità sancita dal principio di legalità e dal corollario della riserva di legge.

Avendo analizzato sopra le argomentazioni in merito, giova ricordare che anche nel caso dei giudizi di dosimetria sanzionatori l'utilizzo di sentenze manipolative, per quanto in linea di principio non ammissibile in materia secondo l'interpretazione più rigida della riserva di legge, risponde invece alla superiore esigenza di garanzia del rispetto e dell'attuazione dei principi costituzionali, nel caso di specie dell'art. 2 Cost., per la quale è necessario che la Corte Costituzionale operi un bilanciamento tra il rispetto della riserva di legge e l'esercizio della propria funzione di garante di costituzionalità.

Inoltre, anche nel caso dei giudizi di dosimetria sanzionatoria, l'intervento della Corte Costituzionale è funzionale all'evitare la creazione di zone grigie non coperte dal controllo di costituzionalità non previste dall'ordinamento.

A sostegno dell'ammissibilità dei giudizi di dosimetria sanzionatoria si sottolinea come la riserva di legge in materia penale, intesa come tendenzialmente assoluta, stabilisce l'esclusiva competenza del legislatore nella produzione delle norme incriminatrici, non escludendo in alcun modo il sindacato di costituzionalità che anzi, considerata la potenziale lesività della sfera personale dell'individuo di un provvedimento penale a suo carico, è necessario a garanzia della conformità a Costituzione del dispositivo di legge stesso.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla tesi d'interpretazione più rigida della riserva di legge, si può analizzare inoltre come la riserva di legge, nonostante l'utilizzo di una pronuncia manipolativa, possa ritenersi rispettata.

Il rispetto della riserva di legge si motiva attraverso l'analisi della tipologia di pronuncia manipolativa utilizzata, essendo i giudizi di dosimetria sanzionatoria attuati mediante l'utilizzo di una pronuncia non additiva, bensì sostitutiva, ed in particolare non ravvisandosi alcuna attività di tipo creativo della Corte Costituzionale relativamente al trattamento sanzionatorio.

Sebbene infatti il trattamento sanzionatorio risulti modificato ed alleggerito per le fattispecie cui il giudizio di dosimetria sanzionatoria si applica, la modifica in mitius non risulta esito di un'attività di tipo creativo della nuova sanzione, bensì di una parificazione, a sua volta dunque risultante da un bilanciamento e talvolta dall'utilizzo del criterio della ragionevolezza, della sanzione stessa ad altre previste dal legislatore per fattispecie omogenee a quella analizzata dalla Corte Costituzionale nel giudizio di dosimetria sanzionatoria.

Nel procedere nell'analisi del giudizio di dosimetria sanzionatoria in rapporto al principio di legalità, si ravvisa dunque una linearità quanto meno formale della tecnica utilizzata dalla Corte Costituzionale rispetto al principio di legalità, in quanto la parificazione di trattamento operata dal giudice delle leggi al fine di attuare compiutamente il principio di uguaglianza, avviene come detto sopra riportando alla medesima disciplina casi analoghi già disciplinati dal legislatore tanto dal punto di vista della norma incriminatrice tanto da quello della sanzione, dal legislatore.

L'impossibilità, da sempre evidenziata dal legislatore ed accolta anche dalla stessa Corte Costituzionale con giurisprudenza costante, di utilizzare in ambito penale pronunce additive, in quanto con esse il principio di legalità dei delitti e delle pene e la corollaria riserva di legge sarebbero compromessi dall'aggiunta di nuovi elementi o nuove discipline non da parte del legislatore stesso bensì della Consulta, non viene messa in discussione dalla tecnica di dosimetria sanzionatoria.

Si pone l'accento infatti sulla disciplina che con i giudizi di dosimetria sanzionatoria la Corte Costituzionale intende dare alla fattispecie oggetto di giudizio: non si tratta di elementi aggiuntivi, bensì di una riduzione del penalmente rilevante.

Nonostante la tendenziale apertura verso i suddetti giudizi che si riscontra negli ultimi anni, talvolta la Corte Costituzionale stessa ha optato per un intervento di diverso tipo, dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice a quo, in ossequio ad un'interpretazione più rigorosa del principio di legalità e dei suoi corollari.

La linea non sempre costante si spiega anzitutto dovendo rapportare le tesi sinora analizzate ai casi concreti, in quanto ai fini di un giudizio di dosimetria sanzionatoria deve esservi un principio costituzionale compromesso dalla differenza di trattamento presente tra due fattispecie, inoltre le fattispecie in esame devono risultare omogenee e non soltanto accomunate da taluni tratti.

Un'ulteriore motivazione più rilevante ai fini dell'analisi dei limiti all'operato della Corte Costituzionale in materia penale si rinviene nelle critiche che il legislatore e parte della dottrina hanno mosso rispetto all'utilizzo dei giudizi di dosimetria sanzionatoria.

Pur rispettando formalmente la riserva di legge ed il divieto di additiva non introducendo nuovi elementi alla norma penale infatti, secondo la critica l'intervento di parificazione si pone in contrasto con un importante corollario del principio di legalità, ossia con il divieto di analogia.

Come analizzato nei paragrafi precedenti, il divieto di analogia è naturale completamento del principio di tassatività della legge penale, ed in quanto tale è necessario affinché il principio di legalità possa ritenersi pienamente attuato.

La critica sostiene che il divieto di analogia sia compromesso nei giudizi di dosimetria sanzionatoria poiché l'attività svolta dalla Corte Costituzionale nei casi in

esame consiste nell' applicare a fattispecie simili, in via analogica, il medesimo trattamento sanzionatorio previsto per una fattispecie differente dal legislatore.

Tuttavia si segnala che, anche adottando un'interpretazione più rigorosa del principio di legalità e dei rispettivi corollari, l'analogia anche ove permessa al di fuori dell'ambito penale, viene utilizzata come tecnica per colmare delle lacune presenti nell'ordinamento, applicando in tali casi le medesime regole e disposizioni previste per ipotesi affini.

Nei giudizi di dosimetria sanzionatoria l'intervento della Corte Costituzionale non è finalizzato a colmare una lacuna, che non è neppure presente proprio in ragione della struttura delle fattispecie che consentono l'utilizzo della suddetta tecnica decisoria.

La finalità del giudizio di dosimetria sanzionatoria coincide con il dovere della Corte Costituzionale di garantire il rispetto e l'attuazione dei valori costituzionali e la conformità ad essi della legge, e nel caso di specie soprattutto il principio di uguaglianza.

Ricordando l'analisi tecnica delle pronunce sostitutive utilizzate nei giudizi di dosimetria sanzionatoria inoltre non è rinvenibile nei casi in cui tale tecnica si applica alcuna lacuna, e dunque non si è all'interno dello schema tipico dell'analogia.

Le fattispecie che la Corte Costituzionale prende in esame e parifica sono infatti compiutamente disciplinate, tuttavia data l'obsolescenza o altra causa che comporti la non rispondenza della norma penale oggetto di giudizio allo stato attuale dell'ordinamento e dei valori costituzionali, ciò che viene attuato con la parificazione in mitius del trattamento sanzionatorio altro non è che un bilanciamento, attività che il giudice delle leggi è chiamato ad attuare in ogni tipologia di giudizio ad esso affidato.

Inoltre, se anche si volesse ravvisare un'affinità tra il giudizio di dosimetria sanzionatoria e il procedimento analogico tale da ritenerli equiparati, giova ricordare in questa sede come la prevalente dottrina in materia penale intenda il divieto di analogia come relativo.

In ambito penale infatti il divieto di analogia vige nella sua pienezza relativamente alle norme incriminatrici e sanzionatorie, non essendo così in alcun modo permessa l'analogia in malam partem, e non trova invece applicazione in relazione alle norme di favore.

L'orientamento appena enunciato risulta condivisibile in quanto, sottesa al rispetto del principio di tassatività e al divieto di analogia che esso implica, vi è la necessità di non compromettere la libertà personale dell'individuo, e più ampiamente di non estendere il trattamento sanzionatorio, a casi non previsti dalla legge, come accadrebbe se fosse permessa l'applicazione analogica in *malam partem*.

Con l'analogia in *bonam partem* non si ravvisa invece alcuna compromissione della sfera giuridica dell'individuo ed essa risulta ammessa con i soli limiti di non applicabilità riguardanti le norme a carattere eccezionale, le norme per le quali sia impossibile reperire dal dato testuale che la ratio sottesa sia la medesima e nei casi di volontarietà della lacuna.

Dunque, dato il carattere in *melius* delle modifiche che il giudizio di dosimetria sanzionatoria mira ad apportare al trattamento sanzionatorio previsto da una norma penale per una fattispecie analoga ad un'altra provvista di trattamento sanzionatorio più mite, seppure si volesse individuare in tali giudizi un'applicazione analogica, e così non è dato il diverso schema e la diversa natura dei due procedimenti in esame, esso sarebbe ammesso dall'ordinamento in quanto in *bonam partem*.

Analizzate le ragioni tecniche che portano a ritenere pienamente ammissibile in materia penale il giudizio di dosimetria sanzionatoria, giova ricordare inoltre l'ambito nel quale tali giudizi vengono maggiormente utilizzati.

Trattandosi nella maggioranza dei casi di norme alquanto risalenti appare infatti ragionevole ritenere che, durante il giudizio di legittimità costituzionale, esse possano subire delle modifiche finalizzate a rendere tali norme in linea ai principi costituzionali così come intesi nell'attuale momento storico, non potendo in taluni casi ritenersi conforme al testo costituzionale attuale e alle sue finalità un'interpretazione autentica del legislatore storico, artefice della norma oggetto di questione di costituzionalità.

L'attuazione del principio di uguaglianza ed il corretto bilanciamento tra valori costituzionali che la Corte opera nel giudizio di dosimetria sanzionatoria inoltre possono essere considerati, sotto il profilo sostanziale, come maggiormente garanti anche del principio di legalità stesso.

La parificazione in *mitius* del trattamento sanzionatorio attuata dalla Corte Costituzionale si basa infatti sull'evidenza dell'omogeneità delle fattispecie in esame nella questione di legittimità costituzionale e, in virtù dell'art. 3 Cost. e del principio

di legalità in materia penale rettamente inteso, a fronte di un'identità sostanziale di condotta disciplinata dalle fattispecie, è necessario vi sia anche identità di sanzione.

Proseguendo nel ragionamento si sottolinea inoltre la finalità di garanzia della sentenza manipolativa sostitutiva frutto del giudizio di dosimetria sanzionatoria avverso il rischio di formazione di una lacuna ed i potenziali rischi di integrazione con effetti in malam partem della stessa.

Se infatti la Corte Costituzionale, una volta ravvisata la contrarietà della norma oggetto di questione di legittimità all'art. 3 Cost. o ad altri principi costituzionali, si limitasse a dichiarare incostituzionale la norma in esame incostituzionale nella sua interezza, tutti gli effetti di quest'ultima cesserebbero in conseguenza della pronuncia di incostituzionalità e la fattispecie in esame non potrebbe più essere considerata come reato.

Dunque si creerebbe così una lacuna nel sistema penale che il legislatore potrebbe colmare soltanto con la produzione di una nuova norma in linea con i principi costituzionali, permanendo un'inapplicabilità di qualunque altra sanzione sino all'emanazione di una nuova legge ed incorrendo così nel rischio da un lato che possa applicarsi un'analogia in malam partem, e dall'altro che a fronte della medesima condotta non vi sia, a seconda del momento in cui essa sia posta in essere, la certezza del diritto che il principio di legalità in materia penale esige.

Per meglio comprendere l'attività della Corte Costituzionale in relazione ai limiti posti in materia penale e come siano realmente interpretati ed attuati il principio di legalità ed i suoi corollari alla luce della tecnica decisoria di dosimetria sanzionatoria attuata dalla Corte, giova proseguire con un'analisi, a titolo esemplificativo, delle più significative questioni di dosimetria sanzionatoria recentemente affrontate dalla Consulta e delle conseguenti pronunce.

Con la sent. 236/2016¹³ la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 567 co.2 c.p., in materia di alterazione dello stato civile del neonato commesso mediante falso, attua un giudizio di dosimetria sanzionatoria puntualizzando che, sebbene le valutazioni di dosimetria sanzionatoria spettino al legislatore, nel caso di specie è chiamata ad effettuare un giudizio di ragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio e ad individuare tra quelle già esistenti la soluzione più congrua a

¹³ Sent. 236/2016 Corte Cost.

rendere conforme a costituzione e in linea con il principio di proporzionalità della pena la norma in esame.

In particolare nel caso di specie la Corte dichiara incostituzionale l'art. 567 co.2 c.p. nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque ad un massimo di quindici anni, anziché la pena della reclusione da un minimo di tre ad un massimo di dieci anni.

Pur non trattandosi in questo caso di una norma anacronistica, in quanto il disvalore del fatto non risulta attenuato dalla mutata realtà storica, la Corte Costituzionale evidenzia come dal punto di vista della ragionevolezza la pena prevista sia manifestamente sproporzionata rispetto al disvalore del fatto, violando così il principio di proporzionalità e non attuando a pieno la finalità rieducativa della pena prevista dall'ordinamento all'art. 27 co.3 Cost., non soltanto in relazione alla sua esecuzione, bensì rilevante per ogni scelta riguardante la pena, e dunque anche per il legislatore, che deve attenersi alla finalità rieducativa nello stabilire le pene per le singole fattispecie di reato.

La suddetta sproporzione si evince dal confronto della norma in esame con quanto previsto a sanzione dell'alterazione dello stato civile con sostituzione del neonato, che prevede la medesima condotta e la lesione del medesimo bene giuridico.

Tuttavia in motivazione la Corte Costituzionale aggiunge come le questioni portate al suo esame necessitano, prima di tutto, di un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata alla luce dei principi costituzionali evocati e non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio previsto per condotte simili o identiche.¹⁴

La Corte Costituzionale nella sentenza in esame chiarisce la diversità di ruoli e la propria possibilità di azione in materia penale, precisando che, conformemente ad orientamento costante della giurisprudenza costituzionale, è consentito al giudice delle leggi intervenire in tema di trattamento sanzionatorio modulando le scelte effettuate dal legislatore senza invaderne la sfera di discrezionalità utilizzando nel proprio giudizio "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento", ossia raffrontando la norma in

¹⁴ Domenico Pulitanò, La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010-2017

esame con altre già presenti nel sistema penale per sanare l'irragionevolezza che connota la prima.

Dunque si evince come il punto di partenza per attuare il giudizio di dosimetria sanzionatoria non sia l'individuazione del *tertium comparationis*, ossia la norma che ben si presta a fornire una soluzione che riporti la sanzione in esame nei limiti della ragionevolezza, bensì la valutazione dell'eccessività manifesta della pena, in relazione alla quale il *tertium comparationis* ha l'unica funzione di fornire il quadro edittale da sostituire a quello dichiarato incostituzionale.¹⁵

Nella sent. 222/2018 la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità degli artt. 216 ultimo comma e 233 ultimo comma del regio decreto n. 267/1942 in materia di pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta, definisce i parametri necessari al fine di poter effettuare un giudizio di dosimetria sanzionatoria.

In particolare il giudice delle leggi segnala per la prima volta nella sentenza in esame come non sia necessario rinvenire un terzo parametro per attuare il giudizio, un c.d. *tertium comparationis*, intendendosi con ciò un'unica soluzione costituzionalmente orientata sostituibile a quella illegittima nel giudizio di dosimetria sanzionatoria, bensì che sia sufficiente individuare nel sistema penale anche molteplici soluzioni purché già esistenti.

Analogamente a quanto disposto nella sentenza precedentemente analizzata, anche in questo caso la Corte Costituzionale basa l'ammissibilità e la legittimità del proprio intervento, nel rispetto della discrezionalità legislativa, sulla necessità di ricondurre alla ragionevolezza il trattamento sanzionatorio previsto dalla norma in esame e, nel caso di specie, dichiara incostituzionale la pena accessoria fissa prevista per la bancarotta fraudolenta in quanto tale pena incide in modo evidentemente limitativo sui diritti fondamentali del condannato e non può ritenersi proporzionata all'intera gamma di comportamenti riconducibili al medesimo reato, incorrendo anzi nel rischio di infliggere sanzioni evidentemente sproporzionate rispetto alla condotta posta in essere dal condannato.

Considerata l'assenza nel caso di specie di un *tertium comparationis* che consenta di non incorrere nuovamente nella fissità della pena accessoria, la Corte

¹⁵ Francesco Viganò, Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2017

Costituzionale, nel dichiarare l'incostituzionalità della norma in esame, stabilisce che sarà il giudice, ferma la possibilità di un nuovo intervento da parte del legislatore, a determinare la pena accessoria in base ai criteri ex art. 133c.p.

Una diversa impostazione adottata dalla Corte Costituzionale in tema di dosimetria sanzionatoria si rinviene nella sent. 40/2019 con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale l'art. 73 co.1 del d.P.R. 309/1990 nella parte in cui, per effetto della sent. 32/2014 Corte Cost, prevedeva la pena edittale minima di otto anni anziché di sei com'era previsto ex art. 4 bis d.l. 272/2005.

In questo caso la Corte Costituzionale rigetta la questione in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, affermando che il sollevamento della questione di costituzionalità relativamente alla suddetta norma per violazione dell'art. 25 Cost. costituisce in realtà un tentativo di impugnazione della precedente pronuncia del 2014 della stessa Corte in materia, in violazione del divieto posto dall'art 137 Cost, il quale al terzo comma definisce inammissibile ogni impugnazione avverso le pronunce della Consulta.

Tuttavia la Corte Costituzionale, richiamando le motivazioni addotte nella sent. 222/2018 relativamente alla necessità di ricondurre a ragionevolezza il trattamento sanzionatorio e alla possibilità di scegliere a seconda dei casi concreti tra diverse soluzioni costituzionalmente orientate anche in assenza di un'unica soluzione obbligata dalla presenza di un *tertium comparationis*, accoglie la questione e dichiara incostituzionale l'art. 73 co.1 d.P.R. 309/1990, in violazione degli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei.

Nella medesima sede la Corte Costituzionale definisce il suo operato in relazione alla riserva di legge in materia penale, affermando che, sebbene l'art. 25 Cost. attribuisca al legislatore la scelta dei fatti che possono costituire reato e la determinazione delle relative sanzioni, il principio di riserva di legge non vieta al giudice delle leggi di assumere decisioni che producano effetti in *malam partem*, purché tali effetti discendano non dalla produzione di nuove norme o dalla manipolazione delle disposizioni esistenti, bensì dalla rimozione di norme costituzionalmente illegittime.¹⁶

¹⁶ Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, prima serie speciale n.24, 17-06-2015, pag. 79

Nonostante l'apertura recente ai giudizi di dosimetria sanzionatoria e gli approdi della Corte Costituzionale appena esaminati, il giudice delle leggi ha talvolta ceduto a favore del rispetto della riserva di legge rigidamente intesa, non intervenendo con una sentenza manipolativa sostitutiva bensì dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale.

In tali casi non si rinviene un mutamento di orientamento circa la possibilità di utilizzare i giudizi di dosimetria sanzionatoria in materia penale, ma se ne delineano in modo maggiormente dettagliato i confini di ammissibilità senza che ne derivi un'invasione della sfera di discrezionalità legislativa.

In particolare con la sent. 117/2021¹⁷ la Corte Costituzionale dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 624 bis co.1 e 3 c.p. sollevata dal tribunale di Lecce per la mancata indicazione di previsioni sanzionatorie rinvenibili nell'ordinamento e per l'eterogeneità dei *tertia comparationis*.

Sebbene la suddetta motivazione possa apparire di primo acchito contrastante rispetto a quanto deciso dalla Corte Costituzionale stessa con la sent. 222/2018, ove si affermava la sufficienza dell'esistenza di più soluzioni rinvenibili nell'ordinamento e non si ravvisava il requisito di un *tertium comparationis* fisso e risultante dall'unica soluzione costituzionalmente obbligata presente nell'ordinamento, tuttavia nel caso di specie il giudice a quo, nel sollevare la questione circa l'eccessivo minimo edittale di pena detentiva previsto per il furto in abitazione rispetto al trattamento sanzionatorio predisposto per altri reati contro il patrimonio, non indica alcuna soluzione precisa già rinvenibile all'interno dell'ordinamento, mancando così le linee interne sulla base delle quali poter individuare uno o più *tertia comparationis* adeguati.

Se infatti fosse sufficiente un generico riferimento alle disposizioni previste per gli altri reati contro il patrimonio, un intervento della Corte Costituzionale così strutturato invaderebbe senza dubbio la sfera di discrezionalità legislativa in quanto non vi sarebbe una riconduzione della sanzione per il reato di furto in abitazione entro i limiti della ragionevolezza, bensì una modifica alla normativa implicante scelte di politica criminale che solo il legislatore può compiere, in quanto la stessa Corte Costituzionale, come precisato in altre pronunce, afferma di poter intervenire riportando nei limiti della ragionevolezza i trattamenti sanzionatori solamente allorquando vi sia una linea

¹⁷ Sent. 117/2021 Corte Cost.

interna all'ordinamento da poter seguire, diversamente si incorrerebbe nel rischio di una vera e propria sostituzione del giudice delle leggi al legislatore e non soltanto di una rettifica alle deviazioni di una scelta legislativa.

Nella medesima sentenza la Corte Costituzionale pone l'accento oltre che sull'eterogeneità dei *tertium comparationis* indicati nell'ordinanza di rimessione, anche sulla mancata omogeneità dei medesimi rispetto al bene giuridico tutelato dalla norma in esame, ovvero l'inviolabilità del domicilio, tutelata ex art. 14 Cost.

L'inammissibilità della questione è motivata dal giudice delle leggi anche in ragione della generalità ed oscurità del *petitum* così come esposto nell'ordinanza di rimessione, sottolineando quest'ultima la mancanza, nell'art 624 bis c.p., di un'ipotesi di attenuante per i casi di lieve entità.

Così esposta la questione infatti non si rinviene un riferimento alla mancanza di una specifica circostanza attenuante o di un'autonomia fattispecie incriminatrice, né una classificazione di cosa s'intenda per lieve entità del fatto, essendo inoltre già prevista quale attenuante comune la particolare tenuità del danno patrimoniale.

La Corte Costituzionale precisa inoltre che la tecnica legislativa di individuazione di fattispecie di minor gravità all'interno del medesimo reato al fine di un riequilibrio della materia penale si presta ad essere utilizzata per formulazioni molto ampie, tali da comprendere nella fattispecie numerose condotte, e la scelta circa l'usufruire o meno di tale tecnica è espressione della discrezionalità legislativa in quanto attinente alla creazione della fattispecie di base del reato in esame.

Per quanto concerne la terza motivazione addotta dal Tribunale di Lecce nell'ordinanza di rimessione, ossia l'incostituzionalità del divieto di bilanciamento delle attenuanti generiche e di speciale tenuità con l'aggravante della violenza sulle cose, la Corte Costituzionale dichiara infondata la questione in quanto è pienamente legittimo da parte del legislatore e nei limiti della ragionevolezza sanzionare maggiormente un'invasione ancor più intensa della sfera personale dell'individuo, a tutela della privatezza della sfera domiciliare e personale, intesa come bene giuridico di valore primario.

Dunque, data la connessione della fattispecie di furto in abitazione con la sfera personale dell'individuo tutelata dall'art. 14 Cost., la Corte Costituzionale afferma la piena legittimità della deroga scelta dal legislatore all'ordinario regime di

bilanciamento tra aggravanti e attenuanti, non rinvenendo in questo caso valicati i limiti della ragionevolezza ed essendovi una ragione di tutela di un bene giuridico costituzionalmente riconosciuto, dunque certamente non una decisione arbitraria che possa giustificare un intervento della Corte stessa nella sfera di discrezionalità affidata al legislatore in materia penale.

Alla luce delle motivazioni addotte dalla Corte Costituzionale nel dichiarare infondata la questione in esame si rinvia come la pronuncia di infondatezza non coincida con la piena adesione da parte della Consulta alla scelta sanzionatoria effettuata dal legislatore.

Si ricorda infatti come nella motivazione la Consulta, lungi dal fornire alla norma in questione una “patente di costituzionalità” sollecita mediante un monito il legislatore a rivedere la disciplina.

Tale monito si spiega alla luce dell’impossibilità per la Corte Costituzionale, per le ragioni precedentemente analizzate, di intervenire con una sentenza sostituita a senza eccedere i limiti imposti dal rispetto della discrezionalità legislativa, e si ravvisa dunque nel richiamo al legislatore e nel contestuale rigetto della questione, una volontà di preservare gli equilibri tra la Corte stessa ed il Parlamento.¹⁸

Un ulteriore caso ben si presta ad evidenziare come l’attività della Corte Costituzionale in materia penale si collochi entro i limiti del principio di riserva di legge anche successivamente alle più recenti aperture in relazione alla possibilità di intervenire con i giudizi di dosimetria sanzionatoria.

Ciò che si rinvia dalle pronunce appena analizzate è infatti l’eccezionalità dell’intervento, limitato ai casi di sproporzione del trattamento sanzionatorio, e la necessità del medesimo come garanzia avverso scelte arbitrarie del legislatore, garanzia attuata dalla Corte Costituzionale mediante il riferimento ai limiti della ragionevolezza, in quanto parametro che consente di sindacare anche le scelte legislative, e la presenza di limiti interni entro i quali operare un raffronto in termini di trattamento sanzionatorio, utilizzando così scelte previamente effettuate dal legislatore, e non sconfinando nella creazione di una nuova norma mediante un intervento additivo.

¹⁸ Nota a Corte Cost., n. 117/2021, Una sconfitta di misura in tema di controllo sulla dosimetria sanzionatoria, a cura di Alvise Accordati, pubbl. 24/09/2021, agg. 12/10/2021, iusinitinere.it

Nel caso della sent. 98/2021¹⁹ è evidente il rigore formale e sostanziale con cui la Corte Costituzionale decide nei giudizi di dosimetria sanzionatoria, valutando la fondatezza della questione e la presenza nell'ordinanza di rimessione di *tertia comparationis* adeguati.

Nel caso di specie la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost. nella parte in cui non prevede che l'imputato, invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare un contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, possa richiedere il giudizio abbreviato in relazione al fatto diversamente qualificato.

La questione è dichiarata dalla Corte Costituzionale inammissibile poiché, pur ponendo l'ordinanza di rimessione l'accento su tale preclusione per il reo, omette di raffrontarsi con il divieto di applicazione analogica in *malam partem* in materia penale disposto dall'art. 14 delle preleggi, che la Corte Costituzionale sottolinea essere posto a compimento del principio di legalità e a tutela degli individui, ribadendo l'esclusiva competenza del legislatore, in virtù del principio di legalità stesso e del corollario principio di riserva di legge, a determinare la riconducibilità di una determinata condotta all'interno di una fattispecie incriminatrice, non potendo il giudice spingersi ad applicare le disposizioni analogicamente ad ipotesi estranee al dato testuale.

¹⁹ Sent. 98/2021 Corte Cost.

CAPITOLO DUE

IL LIMITE DELLE RIME OBBLIGATE E IL SUO SUPERAMENTO DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

1. Il concetto di rime obbligate

Analizzato il rapporto tra la Corte Costituzionale ed il legislatore in relazione al rispetto del principio di legalità in materia penale, è necessario ora, al fine di inquadrare compiutamente i limiti oltre i quali la Consulta non può risolvere la questione di costituzionalità sollevata mediante una sentenza manipolativa, definire il concetto di rime obbligate ed esaminare i limiti che questo implica.

Il concetto di rime obbligate emerge come soluzione proposta in rapporto all'operato della Corte Costituzionale in tema di interventi manipolativi additivi e sostitutivi.

Si ricorda infatti che la Corte Costituzionale mediante gli interventi manipolativi giunge a creare un nuovo dispositivo di legge, differente da quello dichiarato incostituzionale nella parte in cui quest'ultimo prevedeva determinate disposizioni anziché altre o mancava di disporre quanto costituzionalmente dovuto.

L'utilizzo di tali pronunce si afferma in ragione della necessità di evitare il formarsi di lacune nell'ordinamento, che si avrebbero qualora la Consulta, in presenza di una norma parzialmente conforme a Costituzione, pronunciasse una declaratoria di incostituzionalità totale, lasciando al legislatore successivamente di colmare ex novo la lacuna formatasi.

In relazione alle pronunce manipolative si può infatti a ragione parlare di sentenze di fondatezza parziale, in quanto il testo della disposizione non viene modificato nella sua parte conforme al dettato costituzionale, e tuttavia con l'intervento della Corte Costituzionale la norma in questione giunge ad esprimere un diverso significato.²⁰

²⁰ V. Crisafulli, La Corte Costituzionale ha vent'anni, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976,1,1707 ss.

Si è parlato a proposito di tali pronunce di sentenze autoapplicative in quanto la nuova norma, così come modificata dall'intervento manipolativo, risulta direttamente applicabile, senza che sia necessario alcun intervento del legislatore ed anzi, quanto disposto dalla Corte Costituzionale nella sentenza manipolativa deve essere seguito in quanto espressione della costituzionalità attribuita tramite l'intervento manipolativo alla norma in esame.

Per tali ragioni si è spesso rivolta alla Corte Costituzionale la critica di aver assunto una funzione para-legislativa²¹, servendosi delle sentenze manipolative e della loro diretta applicabilità per introdurre nell'ordinamento disposizioni di legge, e dunque in quanto tali rientranti nell'esclusiva sfera di competenza del legislatore, non previste né decise dal legislatore stesso.

In particolare, in relazione alla materia penale, stante il principio di legalità ex art. 25 Cost., in tempi meno recenti è stato ritenuto che le sentenze manipolative non potessero utilizzarsi in tale ambito neppure qualora queste apportassero ai reati una modifica di tipo riduttivo, pertanto la Corte di Cassazione, con sentenza del 22 novembre 1974, affermava che in ragione del principio di legalità le sentenze additive della Consulta non possono vincolare il giudice ordinario, e dunque che l'illegittimità costituzionale parziale deve intendersi, in tali casi, quale illegittimità costituzionale totale; salvo poi l'avvento dell'apertura alla possibilità di effettuare giudizi di dosimetria sanzionatoria, analizzata nel precedente capitolo.

Avverso tale accusa di sconfinamento nelle scelte legislative è stato elaborato, come soluzione che potesse consentire gli interventi manipolativi della Corte Costituzionale senza che da questi derivasse un dubbio di legittimità degli stessi in quanto vicini al compimento di una scelta legislativa, il concetto di rime obbligate.

Con tale termine Crisafulli nella sua celebre definizione designa infatti la modalità di procedere della Corte Costituzionale attraverso gli interventi manipolativi, e specifica come questa non possa essere considerata un'attività creativa bensì interpretativa.

Mediante l'interpretazione costituzionalmente orientata la Corte Costituzionale palesa infatti, tramite le sentenze manipolative, norme già esistenti all'interno dell'ordinamento in quanto coincidenti con le uniche possibili nel rispetto dei principi

²¹ E.Malfatti, S.Panizza, R. Romboli, Giustizia Costituzionale, Torino 2020

costituzionali, in tal modo la sentenza manipolativa fornisce dunque una soluzione a rime obbligate.

Un chiaro indice della valenza interpretativa e non creativa delle sentenze manipolative della Corte Costituzionale, che dunque avvalorata il concetto di rime obbligate, si ravvisa nella distinzione operata dalla Corte stessa tra sentenze additive di regola e sentenze additive di principio, potendosi optare per le prime soltanto in presenza di un'unica soluzione costituzionalmente orientata.

Una simile distinzione si delinea in ragione delle differenti finalità a cui le sentenze additive di regola e di principio rispondono, e necessita di un'analisi al fine di comprendere l'estensione del limite delle rime obbligate cui la Corte Costituzionale nel suo operato deve attenersi.

Stante la definizione di rime obbligate sopra analizzata si evince infatti come le sentenze additive di regola possano essere considerate legittime e rientranti nella sfera di competenza della Consulta soltanto qualora esse siano espressione dell'unica scelta interpretativa conforme a Costituzione e non quando nell'ordinamento siano ravvisabili molteplici soluzioni ammissibili.

La sentenza additiva assume dunque in tale ipotesi una finalità di garanzia di una corretta attuazione dei principi costituzionali, che risulterebbero non rispettati adottando una qualunque soluzione difforme da quella fornita dalla Corte Costituzionale "a rime obbligate".

Tale finalità risponde alla struttura ed al significato delle norme oggetto di vaglio costituzionale attuato dalla Corte mediante una sentenza additiva di regola.

Come accennato nel capitolo precedente infatti le sentenze additive di regola dichiarano l'incostituzionalità della norma in esame nella sua parte in cui risulta omissa od escluso un determinato contenuto la cui presenza fornisce invece garanzia di costituzionalità alla norma stessa.

In particolare le sentenze additive di regola possono dirsi di garanzia qualora rimedino all'omissione riscontrata in fase di produzione normativa in favore del soddisfacimento di un diritto soggettivo costituzionalmente previsto, trattandosi invece di sentenze additive di prestazione qualora l'intervento della Corte Costituzionale consenta il soddisfacimento di una pretesa prettamente patrimoniale.

Sebbene parte della dottrina consideri l'intervento additivo della Corte Costituzionale operante soltanto in relazione all'illegittimità costituzionale di una norma vivente, e dunque ricollegghi strettamente il vulnus di costituzionalità alla norma in esame e alla formulazione della stessa, diversa opinione afferma che il vulnus sia ravvisabile già nell'omissione da parte del legislatore in fase di produzione normativa, che coincida dunque con una volontà negativa, di esclusione di un determinato contenuto dalla fattispecie, e che incidentalmente la Corte Costituzionale risani tale omissione in rapporto alla norma che viene in esame nel caso concreto.

A sostegno di questa seconda tesi è possibile operare una distinzione tra sentenze additive per esclusione e sentenze additive per omissione, ravvisando nelle prime un'esplicita esclusione o divieto tale da rendere impossibile l'inclusione nella disposizione di legge del caso in esame se non mediante una dichiarazione di incostituzionalità della previsione di divieto, nelle seconde invece una volontà negativa implicita, da intendersi come omissione di un determinato contenuto ed impossibilità di ricondurre lo stesso alle ipotesi previste dalla norma.

In questo secondo caso infatti l'incostituzionalità rispondente alla necessità di adottare una soluzione a rime obbligate, ossia l'unica costituzionalmente conforme, si riferisce non al dispositivo che vieta o non consente l'applicazione della norma al caso di specie, bensì al dispositivo che non ricomprende nella fattispecie determinate ipotesi le quali, secondo Costituzione, per natura o requisiti, è necessario rientrino nella disposizione medesima.

La distinzione appena analizzata ben si presta ad evidenziare come la volontà negativa sia ravvisabile nel silenzio del legislatore prima ancora che nell'omissione rilevante nel dato normativo, essendo quest'ultima frutto dell'interpretazione del silenzio stesso.

Appare dunque maggiormente accoglibile la seconda tesi dottrinale, potendo si operare una sanatoria mediante una sentenza additiva di regola soltanto relativamente all'omissione così come palesata nella norma sottoposta al controllo di legittimità costituzionale, ma essendo il vulnus di costituzionalità rinvenibile, ancor prima che nell'omissione presente nella norma, nel silenzio del legislatore in fase di produzione, atto questo a negare la riconducibilità alla fattispecie normativa dei casi risultanti omessi dalla norma di diritto vivente.

Prescindendo dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi dottrinale proposta, è chiara la finalità di ripristino del rispetto dei principi costituzionali insita nelle sentenze additive di regola, e tuttavia compresa anche nelle finalità delle sentenze additive di principio, risulta dunque necessario, al fine di comprendere come operi in concreto il limite delle rime obbligate, analizzare più compiutamente la distinzione tra sentenze additive di regola e sentenze additive di principio.

Pur avendo analizzato infatti parimenti le sentenze additive di regola e di principio nel precedente capitolo, è doveroso in questa sede ricordare come le prime operino soltanto quando vi sia un'unica soluzione costituzionalmente orientata attribuibile alla norma in esame mediante una sentenza manipolativa additiva, e le seconde siano state introdotte invece dalla giurisprudenza costituzionale allo scopo di far fronte all'ipotesi in cui, a fronte di una incostituzionalità della norma in esame nella parte in cui essa ometta o escluda dalla fattispecie applicativa una determinata circostanza, vi siano all'interno dell'ordinamento più soluzioni possibili al fine di colmare il vulnus di incostituzionalità.

In questo secondo caso infatti la Corte Costituzionale non ravvisando all'interno dell'ordinamento un'unica ipotesi risolutiva del contrasto tra la norma in esame ed i principi costituzionali non potrebbe risolvere la questione con una sentenza additiva di regola, stante la valenza interpretativa di queste sentenze ricavata precedentemente dall'analisi della definizione di rime obbligate.

Implicando quest'ultima una necessità d'interpretazione della norma in esame quale includente l'ipotesi esclusa dal legislatore quale unica possibilità di attuazione delle garanzie costituzionali previste, non si presta ad essere applicata nei casi in cui a fronte di un'omissione implicita od esplicita da parte del legislatore, vi possano essere più soluzioni tutte parimenti conformi a Costituzione.

In tal caso infatti decidere quale soluzione adottare risulta pienamente nell'alveo di competenza del legislatore, rientrando nella discrezionalità legislativa la ponderazione e decisione su quale disciplina adottare per una determinata fattispecie qualora le varie ipotesi non presentino tratti di contrarietà a Costituzione.

A tal fine la Corte Costituzionale, onde evitare di sconfinare nell'esercizio della potestà legislativa intervenendo nella suddetta ipotesi con una sentenza additiva di regola che non avrebbe più carattere meramente interpretativo, bensì creativo essendo

venuto meno il limite delle rime obbligate, ha introdotto in via pretoria l'utilizzo di pronunce additive di principio.

Mediante queste ultime la Consulta, data l'impossibilità nel caso di specie di dichiarare incostituzionale l'omissione del legislatore e di fornirvi un'unica soluzione "a rime obbligate", accoglie la questione dichiarando incostituzionale la norma impugnata ed indica il principio a cui il legislatore nella riformulazione della norma dovrà attenersi.

Le sentenze additive di principio risultano così dotate di efficacia diretta erga omnes nella parte in cui risulta la declaratoria di incostituzionalità, ed invece limitate ad un monito circa il suggerimento da seguire rivolto al legislatore nella parte in cui esse enunciano il principio cui lo stesso dovrà attenersi nella produzione normativa successiva in materia al fine di colmare il vulnus di costituzionalità.

Il principio espresso dalla Corte Costituzionale in questa tipologia di sentenze additive è frutto di un'operazione di bilanciamento dei valori costituzionali in gioco attuato dalla Corte stessa, in quanto tale ha efficacia non vincolante come una pronuncia additiva di regola, e tuttavia il legislatore deve adeguarvisi, seguendo tale principio nella riformulazione della norma oggetto della pronuncia additiva di principio ed assicurandosi che la nuova norma vi sia conforme.

Tuttavia, a seguito di una sentenza additiva di principio, affinché la discrezionalità legislativa possa dirsi rispettata, il legislatore non risulta vincolato nelle modalità di espressione ed attuazione del principio indicato dalla Corte Costituzionale, che in caso contrario, andando oltre il limite delle rime obbligate non presenti nelle ipotesi che richiedono di procedere con una pronuncia additiva di principio, finirebbe per avvicinarsi alla funzione para-legislativa che la critica alle sentenze manipolative le attribuisce.

Limitandosi a dichiarare incostituzionale la norma in cui si ravvisa il vulnus e non determinando una soluzione vincolante erga omnes qualora ve ne siano molteplici la Corte Costituzionale non entra con il proprio operato nel merito della discrezionalità legislativa, dovendo il legislatore adeguare la propria attività di normazione al principio enunciato ma non essendo vincolato nelle forme di attuazione dell'indicazione ricevuta.

Dunque, ravvisando l'incostituzionalità e suggerendo al legislatore come procedere nel rimediare alla lacuna data dalla declaratoria di incostituzionalità mediante la produzione di una norma costituzionalmente conforme, la Consulta svolge anche mediante questa tipologie di sentenze di creazione giurisprudenziale la propria funzione di garante del rispetto e della corretta applicazione dei principi costituzionali, non intaccando la discrezionalità legislativa relativa alla scelta dell'ipotesi attuativa del principio enunciato.

Si pone in merito all'utilizzo delle sentenze additive di principio e al rischio di compressione della sfera di discrezionalità legislativa la questione, analizzata nel primo capitolo, circa l'efficacia delle suddette sentenze in caso di inerzia del legislatore, il quale non provveda dunque alla produzione di una norma rispondente al principio enunciato dalla Corte Costituzionale.

Giova ricordare in questa sede che il giudice che abbia sollevato la questione di legittimità costituzionale in via incidentale dalla quale è poi derivata la sentenza additiva di principio, è obbligato a riassumere e decidere il caso concreto una volta che la Corte Costituzionale si sia pronunciata.

Nel caso in cui il legislatore non provveda tempestivamente alla riformulazione della norma oggetto della pronuncia il giudice del caso concreto, per evidenti ragioni di economia processuale e ragionevole durata del processo, non può attendere sine die l'intervento legislativo richiesto, e deve dunque essere posto nelle condizioni di poter decidere prontamente il caso in esame.

Per tale motivo la Corte Costituzionale stessa è giunta a definire la possibilità per il giudice del caso concreto di concludere la vicenda processuale con una decisione fondata sul principio esposto dalla Consulta nella sentenza additiva di principio, attraverso l'utilizzo dei propri poteri interpretativi e l'utilizzo dell'analogia.

Si è tuttavia obiettato come il giudice del caso concreto decidendo mediante il principio indicato dalla Corte Costituzionale, svolga relativamente a quel determinato caso il ruolo di adeguamento della normativa al principio stesso spettante al legislatore, invadendo così la sfera di discrezionalità legislativa.

Coloro che sostengono questa tesi affermano che in tale caso una tecnica decisoria ideata per garantire al contempo il rispetto dei principi costituzionali e della discrezionalità legislativa, finisca per comprimere quest'ultima ancor di più, in quanto

sebbene non si ravvisi uno sconfinamento nella funzione legislativa da parte della Corte Costituzionale che si limita ad enunciare il principio cui il legislatore dovrà dare attuazione, tuttavia a fronte dell'impossibilità di produrre tempestivamente la nuova normativa, l'attività del legislatore stesso viene bypassata dall'operato del giudice del caso concreto mediante l'applicazione del principio non mediata dall'attuazione normativa.

Tuttavia è possibile argomentare a contrario che la soluzione tempestiva del caso concreto non solo risulta necessaria e pienamente accettata dalla giurisprudenza costituzionale²², ma non si può neppure ravvisare in essa una compressione della discrezionalità legislativa.

L'applicazione del principio indicato dalla Corte attuata dal giudice a quo nel caso concreto infatti non è dotata di efficacia erga omnes al contrario della soluzione normativa spettante al legislatore, bensì di efficacia inter partes e solamente in relazione al caso in esame, cosicché la decisione del giudice a quo non pregiudica un successivo intervento normativo, ed anzi è possibile che la discrezionalità legislativa risulti rispettata ex post non solo mediante la produzione della norma con efficacia generale nei confronti della generalità degli altri casi, ma anche rispetto al caso stesso deciso dal giudice a quo, essendo possibile in tal caso procedere ad una revisione o ad un riesame della decisione emessa alla luce della nuova normativa.

Si è così analizzato parte del problema derivante dalla necessità di non intaccare la sfera di discrezionalità legislativa e dalla contestuale inerzia del legislatore, è ora necessario approfondire come tale inerzia a fronte di una pronuncia additiva di principio della Corte Costituzionale sia superabile.

In particolare si ravvisa come la creazione di una soluzione meramente giurisprudenziale da parte del giudice a quo nella decisione del caso concreto al vulnus dato dall'omissione legislativa non possa considerarsi definitiva o sostitutiva dell'azione parlamentare a fronte della mancata attuazione da parte del legislatore della sentenza additiva di principio nella parte in cui essa enuncia il principio stesso.

²² Granata: "Si dichiara l'illegittimità costituzionale della mancata previsione di un meccanismo idoneo a rendere effettivi i diritti in parola, lasciando però al legislatore il potere di individuare tale meccanismo in linea astratta ed abilitando intanto il giudice comune a reperire la regola del caso concreto nel principio espresso dalla Corte"

Come ricordato sopra infatti la decisione del giudice a quo non possiede efficacia erga omnes e non ha valenza normativa, né tantomeno si può ravvisare nell'inerzia del legislatore un muto riconoscimento delle soluzioni adottate nel caso concreto, e dunque l'attuazione del principio enunciato dalla Corte così come delineata dal giudice a quo anche nel caso in cui non sopravvenga l'intervento del legislatore, non può estendersi oltre il caso di specie.

È necessario, al fine di comprendere la conseguenza dell'inerzia legislativa e gli eventuali rimedi necessari a colmare il vulnus di costituzionalità, ricordare come la parte della sentenza additiva di principio che enuncia il principio medesimo non sia dotata dell'efficacia erga omnes e della diretta applicabilità che appartengono invece al dispositivo della sentenza che dichiara l'incostituzionalità di parte della norma stessa, infatti l'attuazione necessita di essere mediata dall'intervento legislativo e, prima che questo si realizzi, l'efficacia dell'esplorazione del principio non può considerarsi erga omnes, bensì al più tale efficacia avrà valore di indicazione anche in relazione all'operato del giudice a quo e dei giudici di casi analoghi fintanto che non subentri una nuova regolamentazione normativa.

L'indicazione da parte della Corte Costituzionale del principio cui l'attività legislativa dovrà attenersi assurge ad una funzione di garanzia del futuro rispetto dei valori costituzionali in gioco e, contestualmente, un monito al legislatore affinché provveda a rimediare all'omissione per la quale la norma debba ritenersi incostituzionale.

Qualora all'iniziale omissione, a fronte della quale non sia stato possibile per la Corte Costituzionale fornire una soluzione a rime obbligate e che abbia dunque necessitato di una pronuncia additiva di principio al fine di rispettare i confini della discrezionalità legislativa, si sommi, in seguito al monito costituito dall'indicazione del principio costituzionale, l'inerzia del legislatore e dunque questo non provveda a colmare il vulnus, o una persistenza del medesimo vulnus rinvenibile nell'adozione da parte del legislatore di una soluzione normativa non conforme a Costituzione in quanto non osservante il principio indicato dalla Corte, è possibile per la Corte Costituzionale doppiare la pronuncia di incostituzionalità.

Quest'attività della Corte Costituzionale implica che, in seguito all'inerzia legislativa o all'adozione di una soluzione non in linea con i principi costituzionali, sia

nuovamente sollevata davanti alla Corte questione di legittimità costituzionale della medesima norma.

A fronte del sollevamento in via incidentale della questione da parte del medesimo giudice a quo in un diverso giudizio o di un diverso giudice la Corte Costituzionale, accertato dall'ordinanza di rimessione che la questione non risulti infondata e verta sulle medesime disposizioni e presenti i medesimi parametri che si assumono violati, potrà procedere in tal caso ad una declaratoria di incostituzionalità totale della norma in esame.

Un secondo intervento della Corte in ordine alla medesima norma, e dunque alla medesima omissione da parte del legislatore, si giustifica in ragione della necessità di garantire il rispetto dei principi costituzionali e la conformità delle norme ordinamentali al dettato costituzionale, che non sarebbe assicurata se l'inerzia del legislatore a seguito dell'indicazione dei corretti principi costituzionali non potesse essere rimediata.

Sebbene sia possibile per la Corte Costituzionale intervenire nuovamente sulla medesima norma a seguito di una riproposizione della questione, tale intervento non può esplicarsi nella sanatoria dell'omissione originaria, e dunque in una pronuncia additiva di regola, ma soltanto in una declaratoria di incostituzionalità della norma, e dunque deve considerarsi un intervento esclusivamente demolitorio atto ad eliminare la disposizione incostituzionale, mediante il quale risulta ristabilita la conformità a Costituzione senza che si verifichi una compressione della potestà legislativa.

L'intervento non può che essere demolitorio in quanto, se la Corte Costituzionale scegliesse una tra le diverse soluzioni costituzionalmente orientate per attuare il principio indicato nella sentenza additiva di principio, l'operato della Consulta eccederebbe i limiti della discrezionalità legislativa mediante un intervento di tipo creativo e non interpretativo come invece si verifica nel caso in cui la soluzione all'omissione legislativa si presenti quale unica soluzione in linea con la Costituzione e dunque a rime obbligate.

Una marcata differenza si ravvisa tra le pronunce additive di regola e di principio appena analizzate e le pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa e giova in questa sede analizzarne i principali profili al fine di giungere ad un completo inquadramento della questione dei limiti all'intervento della Corte Costituzionale in

relazione al rispetto della riserva di legge anche alla luce del limite fissato dalle rime obbligate.

In primo luogo è da ravvisarvi il carattere non definitivo dell'inammissibilità per discrezionalità legislativa, definitiva con ordinanza, a fronte invece del carattere definitivo della pronuncia additiva di regola e di principio quali pronunce di merito.

L'ordinanza di inammissibilità, inizialmente utilizzata in limitati casi e con carattere interlocutorio, ha presto visto un'apertura al proprio utilizzo in ipotesi in cui la Corte Costituzionale, pur ravvisando il vulnus di costituzionalità rilevato dal giudice a quo, ritenga non rientrante nella propria sfera di competenza l'intervento atto a colmare il difetto di costituzionalità in quanto sconfinante nella sfera di potestà e discrezionalità legislativa.

Tali casi si concretizzano in ipotesi di inammissibilità per discrezionalità legislativa e, similmente, in ipotesi in cui sia necessitato un intervento della Corte Costituzionale di tipo manipolativo additivo ma l'ambito applicativo sia quello coperto da riserva di legge ex art. 25 co.2 Cost.

In relazione al primo gruppo di casi si rileva come l'inammissibilità non derivi dall'assenza di una soluzione a rime obbligate adottabile, essendo infatti possibile in tal caso procedere con una pronuncia additiva di principio, bensì a monte dalla presenza di un'esclusiva potestà legislativa in ordine all'aspetto normativo per il quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale.

La Corte Costituzionale emette un'ordinanza di inammissibilità per discrezionalità legislativa quando, vista la questione così come delineata dall'ordinanza di rimessione, ritiene che una pronuncia di merito in relazione a quella determinata norma ed al parametro costituzionale che il giudice a quo assume violato, andrebbe ad invadere la sfera di discrezionalità legislativa, compiendo scelte spettanti per legge soltanto al legislatore.

In tal modo la Corte Costituzionale non giunge a valutare nel merito la sussistenza di un'eventuale omissione legislativa o l'esistenza di una o di molteplici soluzioni costituzionalmente orientate adottabili, e dunque non inquadra la questione in relazione all'esistenza nel caso concreto del limite delle rime obbligate, che consentirebbe alla stessa di pronunciarsi, bensì restituisce gli atti a monte, non pronunciandosi circa la conformità a Costituzionale della norma in esame.

Per tale motivo l'ordinanza di inammissibilità per discrezionalità legislativa differisce dall'ipotesi in cui in materia penale sarebbe necessaria una pronuncia manipolativa di tipo additivo o sostitutivo e pure in presenza del necessario vincolo delle rime obbligate ciò non accada per via del vincolo posto dall'art. 25 co.2 Cost.

In tal caso infatti la Corte Costituzionale giunge a riconoscere l'incostituzionalità della norma in esame nella parte in cui si ravvisa l'omissione legislativa, e tuttavia procede con tecniche decisorie differenti, ivi compresa anche la stessa ordinanza di inammissibilità, in ragione del rispetto del principio di legalità nella sua accezione più rigida; nel caso dell'ordinanza di inammissibilità per discrezionalità legislativa invece la Corte Costituzionale non giunge a valutare la conformità a costituzione della norma, e non esercita dunque alcun controllo sulla norma stessa.

In ragione della rinuncia totale, seppur non definitiva data la natura di ordinanza della decisione e non di sentenza, all'esercizio del sindacato di costituzionalità sulla norma per la quale è stata sollevata la questione che l'ordinanza di inammissibilità comporta, si registra un sempre minore utilizzo della stessa da parte della Corte Costituzionale e ad un crescente utilizzo di tecniche decisorie alternative, anche alla luce della possibilità d'esercizio del sindacato di costituzionalità mediante il criterio della ragionevolezza.

Il criterio della ragionevolezza consente infatti alla Corte Costituzionale di operare un controllo sulla ratio legis che il legislatore ha seguito per produrre una determinata norma anche qualora si ricada nell'ambito coperto dalla discrezionalità legislativa, potendo operare anche in tali casi un bilanciamento tra diversi principi costituzionali di pari rango ma non realizzabili congiuntamente all'interno della norma in esame o vagliando la razionalità e la coerenza sistematica della scelta operata dal legislatore qualora in questa si ravvisino indici di arbitrarietà o irragionevolezza.

In tal modo la Corte Costituzionale esercita il proprio ruolo di controllo e garanzia del rispetto dei principi costituzionali anche negli ambiti in cui il legislatore è dotato di discrezionalità, evitando così la creazione di zone grigie non previste dall'ordinamento e potendo monitorare un eventuale esercizio arbitrario del potere legislativo.

In ragione dell'elasticità di tale criterio, privo di una definizione precisa e in assenza di confini marcati, non ancora delineati da una giurisprudenza costituzionale

costante, da un lato vi è il rischio che la discrezionalità legislativa possa risultare in taluni casi effettivamente compromessa dall'intervento della Corte Costituzionale, tuttavia dall'altro lato sembra preferibile apprezzare la portata garantista del criterio di ragionevolezza, tale da consentire un controllo non solo di conformità formale alla Costituzione, bensì anche di rispetto concreto dei principi in essa contenuti e di coerenza del sistema, considerando che confini eccessivamente stringenti alla nozione di ragionevolezza rischierebbero di determinare un mero controllo formale di non arbitrarietà o sproporzione, lasciando scoperti aspetti fondamentali di razionalità e bilanciamento di principi all'interno della normativa.

Relativamente al secondo gruppo di casi, in quanto già analizzate la ratio e le implicazioni nel precedente capitolo, si ricorda come l'inammissibilità non derivi propriamente dall'esistenza della riserva di legge, presente in numerose materie ove tuttavia l'intervento additivo risulta possibile, bensì dal principio di legalità e dalla certezza del diritto che esso implica relativamente alla materia penale.

A tal proposito un'analisi più approfondita merita l'ipotesi dell'ammissibilità in materia penale di una sentenza manipolativa additiva non di regola, ma di principio.

Vista la struttura di questa ultima infatti non sembra ravvisabile nel suo utilizzo in materia penale una compressione del principio di legalità, né tantomeno una diminuzione della certezza del diritto, ed anzi è possibile ravvisare in essa uno sviluppo, teso ad evitare la creazione di zone grigie nell'ordinamento, della pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa atto ad entrare nel merito della questione al fine di garantire anche in materia penale la conformità a Costituzione delle norme.

Si rileva infatti che, pur decidendo una sentenza additiva di principio nel merito della questione, l'iniziativa legislativa non risulta compressa o vincolata se non, come previsto per ogni norma ordinamentale, al rispetto dei principi costituzionali, in quanto nel caso in esame la Corte Costituzionale si limita ad indicare il principio cui il legislatore dovrà attenersi e, non ravvisandosi soluzioni a rime obbligate, quest'ultimo è lasciato libero nella scelta delle modalità d'attuazione e di legiferazione della norma in linea con il principio stesso.

Il principio di legalità in materia penale prescrive l'esclusiva competenza legislativa e tendono ad essere esclusi in materia interventi additivi di regola da parte

della Corte Costituzionale affinché la legge penale non risulti modificata in un senso differente rispetto a quello voluto dal legislatore e non si crei una situazione di incertezza in relazione al diritto applicabile ai casi concreti; tuttavia si è già analizzato come un intervento affine a tale tipologia da parte della Corte Costituzionale quale il giudizio di dosimetria sanzionatoria, possa essere visto in un'ottica garantista come pienamente ammissibile in quanto atto da un lato alla maggior conservazione possibile della norma a seguito della rimozione della sua parte incostituzionale, e dall'altro alla verifica della corretta attuazione dei principi costituzionali nella materia che più incide sulla sfera dell'individuo e dei relativi diritti qual è quella penale.

In relazione alle pronunce additive di principio tale tesi risulta ancor più agevolmente sostenibile, se infatti si ipotizza l'esistenza di un'omissione legislativa in materia penale tale da richiedere un intervento additivo della Corte Costituzionale e non si ravvisi la possibilità di procedere a rime obbligate, sia perché non si rinvenga un'unica soluzione costituzionalmente obbligata sia volendo seguire la tesi più rigida per cui intervento additivo di regola comprimerebbe la portata del principio di legalità, la declaratoria di incostituzionalità parziale della norma resta possibile, non essendovi in materia penale alcun limite all'operato della Corte nell'ambito del modello accoglimento-rigetto, e l'indicazione del principio da seguire per rendere la nuova norma conforme a Costituzione, essendo vincolante soltanto al rispetto dello stesso in quanto principio costituzionale, non ne risulta una compressione del principio di legalità, sia esso inteso secondo la tesi più rigida o più elastica.

Al contrario l'intervento appena analizzato appare auspicabile e preferibile rispetto all'inammissibilità per discrezionalità legislativa nell'ipotesi in cui quest'ultima debba essere adottata onde evitare una pronuncia manipolativa di regola in materia penale, in quanto con un'ordinanza di inammissibilità la Corte Costituzionale non entra neppure nel merito della questione, lasciando in toto al legislatore la valutazione circa l'opportunità di modificare la norma in esame.

Non verificando la conformità a costituzione della norma oggetto di ordinanza di rimessione non vi sarebbe infatti alcuna garanzia circa il rispetto dei principi costituzionali, essendo tale ruolo di garante del rispetto della Costituzione attribuito esclusivamente alla Consulta ed avendo invece il legislatore il compito di legiferare

conformemente alla carta costituzionale, verrebbe meno il ruolo di organo di controllo della Corte stessa.

Con un'ordinanza di inammissibilità per discrezionalità legislativa infatti non solo non vi è la possibilità per la Corte Costituzionale di indicare al legislatore come colmare l'omissione, ma non vi è neppure alcuna garanzia che tale omissione possa essere colmata e, non procedendo come invece accade con una sentenza additiva di principio alla dichiarazione di incostituzionalità ancorché parziale della norma in esame, è assai probabile che il vulnus di costituzionalità permanga.

Adottando invece una sentenza additiva di principio vi è una prima garanzia data dall'esercizio in concreto del controllo di costituzionalità sulla norma da parte della Corte Costituzionale, ed in secondo luogo accresce di molto, rispetto a ciò che accade con una semplice ordinanza di inammissibilità, la probabilità che il legislatore provveda a riadattare la norma oggetto di additiva al principio costituzionale esposto dalla Corte Costituzionale, potendo ricorrere in caso di persistente inerzia del legislatore alla declaratoria totale di incostituzionalità della norma doppiando la pronuncia precedente.

In tal modo il principio di legalità e la certezza del diritto non risultano compromessi né qualora il legislatore segua il principio indicato dalla Corte Costituzionale, essendo come detto sopra non vincolato nelle scelte e nelle modalità di attuazione di tale principio all'interno della norma, né qualora, a seguito della sentenza additiva di principio, sia necessaria una declaratoria di incostituzionalità totale della norma per inerzia del legislatore, non inficiando tale declaratoria sulla certezza del diritto in ragione della regolamentazione della successione delle norme penali nel tempo.

La scelta di procedere con un'additiva di principio e non in prima istanza con una dichiarazione di incostituzionalità totale della norma appare maggiormente garantista, in quanto sebbene l'attuazione e l'applicazione concreta del principio enunciato dalla Corte siano così affidate al legislatore, questa tipologia di sentenza offre la possibilità di conservare quanto più possibile di una norma non totalmente incostituzionale e rende possibile un maggior controllo da parte della Corte Costituzionale, seppure in via mediata, sul rispetto dei principi costituzionali, restando la competenza a produrre la normativa penale esclusivamente del legislatore, e tuttavia potendo la Consulta in

tal modo indicare le linee guida che tale legislazione dovrà seguire nel caso di specie affinché ai valori costituzionali in gioco sia data completa attuazione.

2. *L'inerzia del legislatore e la scarsa efficacia del tradizionale controllo operato mediante lo schema "interpretativa di rigetto con monito al legislatore"*

Analizzato il legame intercorrente tra il limite delle rime obbligate e la possibilità per la Corte Costituzionale di esercitare il sindacato di costituzionalità mediante una pronuncia manipolativa, in base al quale soltanto in presenza di un'unica soluzione costituzionalmente conforme, e dunque delle "rime obbligate" sarà possibile per la Consulta intervenire con una sentenza additiva di regola, restando invece la possibilità, in assenza di una soluzione a rime obbligate, di pronunciare una sentenza additiva di principio, è ora necessario indagare la relazione intercorrente tra le pronunce di inammissibilità con monito, per ratio avvicinabili alle pronunce additive di principio, e il legislatore, in particolare in ipotesi di inerzia di questo ultimo.

Al fine di inquadrare la suddetta relazione, occorre ora definire la disciplina d'utilizzo delle pronunce di inammissibilità con monito al legislatore, in quanto rispondenti ad una ratio differente rispetto alle comuni pronunce di inammissibilità.

Si deve innanzitutto ricordare la natura residuale delle pronunce di inammissibilità, utilizzate dalla Corte Costituzionale non in ipotesi tassative, bensì ogni qualvolta la Consulta non ritenga di poter esaminare il merito della questione, arrestandosi dunque ad una valutazione di non ammissibilità alla trattazione della questione esposta nell'ordinanza di rimessione, purchè non si sia configurata l'opportunità di procedere ad una restituzione atti.

Una sfera di applicazione a tal punto ampia dell'inammissibilità, seppur utilizzata in via residuale a fronte dell'impossibilità nel caso in esame di ricorrere ad altre tipologie di pronunce, ben si presta a ricomprendere al suo interno anche l'ipotesi ora oggetto di trattazione.

In quanto, anche il limite imposto dal rispetto della discrezionalità legislativa, specie in materie coperte da riserva di legge, costituisce per la Corte Costituzionale

motivo ostativo all'esame nel merito della questione nei casi in cui tale controllo, se svolto, comporterebbe una compressione della sfera discrezionale del legislatore.

Tuttavia, di sovente l'utilizzo di una pronuncia di inammissibilità si riscontra qualora la questione non risulti fondata, purchè non si versi nella differente ipotesi della manifesta infondatezza, ovvero qualora l'ordinanza di rimessione difetti degli elementi necessari all'esposizione della questione di costituzionalità, o ancora, nelle ipotesi di manifesta inammissibilità, quando la questione appaia di pronta od immediata risoluzione.

Le ipotesi appena elencate sono accomunate dal difetto degli elementi necessari a ritenere la questione, così come presentata nell'ordinanza di rimessione, suscettibile di un controllo di conformità a costituzione nel merito.

L'ipotesi di pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore trova invece a proprio fondamento non la mancanza di elementi necessari alla trattazione della questione, bensì, in presenza di tutti gli elementi necessari ad esaminare la causa nel merito, una condizione di copertura della norma in esame da parte della riserva di legge.

In tale caso infatti, pur essendovi tutti gli elementi per poter decidere la questione di costituzionalità nel merito, la Corte Costituzionale si astiene dal procedere in ossequio al dettato normativo dell'art. 28 l. 87/1953, in base al quale il controllo di legittimità costituzionale su una legge o su un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

Il problema, dunque, non si pone in realtà in relazione alla copertura della riserva di legge, presente nella maggioranza delle norme ordinamentali, bensì riguardo alla discrezionalità attribuita in materia al legislatore.

Ponendo l'appena citata disposizione normativa in relazione alle pronunce della Corte Costituzionale, ed in particolare alle sentenze additive di regola, si ravvisa infatti come queste non implicino una valutazione di carattere politico della norma oggetto della questione di costituzionalità, in quanto il controllo effettuato dalla Consulta è finalizzato a garantire il rispetto dei principi costituzionali, e non si estende ad un sindacato sulle scelte di politica legislativa, limitandosi ad una valutazione nel merito della conformità a costituzione della legge oggetto della questione.

Tuttavia, pur non implicando una valutazione di carattere politico, l'attività della Corte Costituzionale, nel riformare il contenuto della norma oggetto di questione di legittimità costituzionale, implica necessariamente un sindacato sulla struttura ed il contenuto della stessa norma ed una modifica della scelta effettuata in precedenza dal legislatore, finalizzata a ripristinare le garanzie costituzionali che si assumono violate.

Una modifica della scelta effettuata dal legislatore in sede di produzione normativa, seppure finalizzata esclusivamente a rendere la norma conforme a Costituzione, implica un intervento della Corte Costituzionale nell'ambito delle scelte legislative se tale modifica non risponde allo schema della scelta a rime obbligate in precedenza analizzato.

Qualora la soluzione sia l'unica costituzionalmente orientata presente nell'ordinamento, infatti, non sarebbe possibile neppure parlare di scelta, prospettandosi un'unica via vincolata al fine di garantire la conformità a Costituzione, e dunque attuabile dalla Corte Costituzionale anche in presenza della discrezionalità legislativa.

Se vi è un'unica soluzione che consente di conciliare la norma in esame ed i principi costituzionali infatti, che tale scelta sia intrapresa dal legislatore o dalla Corte Costituzionale, non è ravvisabile una compressione della sfera di discrezionalità legislativa, potendo in tal caso il legislatore alternativamente astenersi dall'emanazione della norma contraria a Costituzione, che sarebbe altrimenti poi dichiarata incostituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale, o conformarsi all'indicazione fornita dalla Consulta, conservando così la norma originaria, modificata nelle sole parti in cui sia stata ravvisata l'incostituzionalità.

Qualora invece si ravvisi da un lato l'incostituzionalità della norma in esame, e dall'altro la possibilità di ovviarvi mediante più alternative possibili, la scelta tra le plurime soluzioni è di evidente competenza del legislatore, in virtù della discrezionalità legislativa, anche in materie non coperte da quest'ultima, potendo in tali casi la Corte Costituzionale, come sopra esposto, procedere al più ad una pronuncia additiva di principio.

A fortiori, in presenza del limite della discrezionalità legislativa nella materia ricomprendente la norma oggetto di questione di legittimità costituzionale, in base all'art. 28 l. 87/1953 la Corte Costituzionale non potrebbe pronunciare neppure una

sentenza additiva di regola entro i limiti delle rime obbligate, in quanto quest'ultima, non arrivando a dichiarare l'incostituzionalità totale della norma, eccederebbe ugualmente la sfera di discrezionalità del legislatore modificando la disposizione in un orientamento che, sebbene conforme ai principi costituzionali, sarebbe difforme da quello voluto del legislatore, e non necessariamente ritenuto da quest'ultimo preferibile rispetto ad una pronuncia di incostituzionalità totale.

Per tale motivo, la Corte Costituzionale ha spesso utilizzato la tecnica dell'inammissibilità per discrezionalità legislativa con monito al legislatore, ritardando così la dichiarazione di incostituzionalità della norma in esame pur in presenza degli elementi necessari ad assumere tale decisione di merito.

La scelta della Corte Costituzionale di ritardare la dichiarazione di illegittimità costituzionale da un lato comporta la permanenza del vulnus di costituzionalità nell'ordinamento per un tempo maggiore, ritardandosi così la garanzia di rispetto dei principi costituzionali, dall'altro lato tuttavia la medesima scelta risulta necessaria al fine di rispettare i limiti alla sua attività dati dalla discrezionalità legislativa e confermati nelle norme sulla costituzione e sul funzionamento della Consulta.

Inoltre, pur essendo posticipata nel tempo la dichiarazione di illegittimità costituzionale, essa risulta soltanto eventuale, in quanto pronunciata qualora il legislatore non abbia rispettato il monito ricevuto dalla Corte Costituzionale nella prima pronuncia di inammissibilità.

Più in particolare, quando la Corte Costituzionale ritiene di non poter procedere all'esame della questione nel merito per non sconfinare nella discrezionalità legislativa, essa si pronuncia per l'inammissibilità della questione ed invita il legislatore, mediante un avviso contenuto in motivazione, a provvedere alla modifica della norma in esame, al fine di sanare il vulnus di costituzionalità della stessa.

Così procedendo, la Corte Costituzionale non viene meno alla propria funzione di garante della costituzionalità, prendendo atto dell'incostituzionalità presente ed invitando il legislatore a porvi rimedio, ed al contempo rispetta i confini imposti dalla discrezionalità legislativa, non intervenendo direttamente e lasciando libero il legislatore nella decisione circa le modalità di modifica della norma in esame, richiedendo soltanto che l'incostituzionalità sia rimossa.

In presenza del monito della Corte Costituzionale il legislatore è dunque in dovere di provvedere alla modifica della normativa, ma pur sempre nelle condizioni di esercitare la discrezionalità legislativa scegliendo come attuare la modifica stessa, con il solo limite, previsto in ogni caso in fase di produzione legislativa, di rendere la norma conforme a Costituzione.

Il monito della Corte Costituzionale può presentarsi, a seconda delle circostanze, con diverse caratteristiche.

In particolare, qualora l'incostituzionalità della norma in esame sia soltanto sospettata, e tuttavia la Corte Costituzionale rilevi i limiti della discrezionalità legislativa, al fine di non invaderne i confini invita il legislatore a modificare la disposizione o la disciplina in cui essa è contenuta alla luce del dettato costituzionale in via preventiva, ossia prima di procedere ad accertare l'incostituzionalità sospettata.

Qualora invece la questione di legittimità costituzionale sia sollevata in ordine ad una norma disciplinante l'assetto ordinamentale in via meramente transitoria, se la Corte Costituzionale ritiene che tale norma possa dirsi conforme a Costituzione esclusivamente in virtù del suo carattere transitorio, dichiara la questione inammissibile ed il monito in motivazione informa il legislatore che, se la normativa diverrà permanente o comunque non sarà modificata entro il termine indicato dalla Consulta, ne sarà dichiarata l'incostituzionalità. Per tale motivo la dottrina qualifica tali ipotesi come casi di "ancora costituzionalità".

Tuttavia, il monito al legislatore può essere espresso dalla Corte Costituzionale anche in modalità più incisive, comportanti per il legislatore un più stringente dovere di provvedere alla modifica della norma.

Ciò si verifica quando la Corte Costituzionale, pur ravvisando i limiti della discrezionalità legislativa in materia, accerta l'incostituzionalità, nelle ipotesi precedenti meramente sospettata, e nella pronuncia di inammissibilità indica espressamente il contrasto presente tra la norma in esame ed i principi costituzionali.

In tali casi ²³, la dottrina afferma che si assista ad una "incostituzionalità accertata ma non dichiarata", in quanto la Corte Costituzionale, sebbene in motivazione evidenzi esplicitamente l'esistenza del vulnus di incostituzionalità, dichiara inammissibile la questione in virtù di un bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco effettuato

²³ Sent.n. 467/1991 e sent.n. 256/1992 Corte Cost.

dalla stessa, all'esito del quale prevale l'esigenza di rispettare il limite della riserva di legge, ferma restando la possibilità di ritardare la pronuncia di incostituzionalità.

Sebbene il monito al legislatore possa essere modulato dalla Corte Costituzionale nelle tre modalità appena analizzate, nella maggioranza dei casi si è riscontrata un'inerzia da parte del legislatore a fronte dell'avviso della Consulta.

Tale inattività del legislatore si spiega alla luce dell'incoercibilità dell'attività di modifica normativa che il monito contenuto in motivazione della sentenza della Corte Costituzionale prescrive, oltre che in ragione delle lunghe tempistiche del processo di produzione normativa, necessario anche in sede di modificazione della norma.

Quanto all'incoercibilità del dovere di modifica della norma oggetto di questione di costituzionalità, giova in questa sede sottolineare che, sebbene la Corte Costituzionale sia dotata di potere giurisdizionale, essendo le sentenze della stessa immediatamente efficaci erga omnes, salvo la modulazione degli effetti eventualmente decisa dalla Consulta, non è prevista alcuna procedura per dare esecuzione alle sentenze stesse, neppure per dare attuazione, ove presente, al monito alla modifica delle norme.

Inoltre, nelle pronunce di inammissibilità con monito, non sempre è previsto dalla Corte Costituzionale un termine entro cui il legislatore deve provvedere a rimuovere dalla norma i caratteri di incostituzionalità, essendo tale termine di più frequente utilizzo soltanto nelle pronunce che la dottrina definisce di "ancora costituzionalità", in quanto in tali casi il termine dato dalla Corte Costituzionale al legislatore trova la sua ragion d'essere nel carattere transitorio della normativa oggetto della decisione di inammissibilità.

Considerata l'inerzia del legislatore, frequente a seguito dei moniti anche dopo il richiamo rivolto dalla Consulta al Parlamento nel 2013 per rispettare le sollecitazioni a modificare le discipline oggetto di pronunce di inammissibilità con monito, la Corte Costituzionale intensifica l'utilizzo della tecnica della "doppia pronuncia".

Tale tecnica, in particolare, consente alla Corte Costituzionale di pronunciarsi nuovamente sull'incostituzionalità di una norma a seguito di una decisione di inammissibilità con monito sulla questione in precedenza sollevata per la norma medesima.

Infatti, la tecnica della doppia pronuncia presuppone che per la norma in esame sia stata sollevata questione di legittimità costituzionale e che la vicenda si sia conclusa con una pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore.

Giova in questa sede ricordare, al fine di inquadrare il funzionamento della doppia pronuncia, che una pronuncia di rigetto o di inammissibilità non conferisce alla norma oggetto della questione una “patente di costituzionalità”, essendo invece possibile per la Corte Costituzionale, qualora la questione venga riproposta, concludere per l’incostituzionalità della medesima norma.

Ciò vale anche nel caso in cui la questione di costituzionalità sia riproposta, da un diverso giudice o dallo stesso giudice in un procedimento diverso, a seguito di una pronuncia di inammissibilità con monito.

Infatti, il monito rivolto dalla Corte al legislatore affinché quest’ultimo provveda alla modifica delle disposizioni in esame, non implica che la Consulta debba astenersi dal pronunciarsi nuovamente sulla norma in questione sino all’effettivo intervento del legislatore.

Se così fosse, in ipotesi di incostituzionalità accertata ma non dichiarata i giudici che si trovassero a dover applicare la medesima norma nei giudizi a quo successivi, non potrebbero sollevare questione di legittimità costituzionale, ed anzi dovrebbero decidere il giudizio ignorando l’incostituzionalità, già esplicitamente accertata dalla Corte Costituzionale nel precedente giudizio concluso con la pronuncia di inammissibilità con monito, della stessa disposizione.

Pur se la tecnica della doppia pronuncia, sviluppandosi da una prima decisione di inammissibilità con monito, sia strutturata in modo tale da non sconfinare nel potere legislativo, evitando in tali casi la Corte Costituzionale di pronunciarsi in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, a fronte dei suoi primi utilizzi è stato contestato alla Consulta, parimenti a quanto avvenuto in relazione alle pronunce manipolative, di superare i confini della discrezionalità legislativa, vincolando il legislatore a compiere scelte sulla base dei criteri indicati nella motivazione della decisione di inammissibilità con monito.

Tuttavia, a fronte di tale critica è necessario ricordare che i criteri individuati dalla Corte Costituzionale costituiscono indicazione di parametri di costituzionalità da rispettare, in quanto la disposizione illegittima avvicinandosi quanto più possibile ai

criteri che la Consulta ritiene idonei alla realizzazione del rispetto dei principi costituzionali, recupera i necessari caratteri di costituzionalità.

Inoltre, non è possibile ravvisare nel monito contenuto in motivazione della decisione una direttiva che la Corte Costituzionale impartisce al legislatore, in quanto quest'ultimo non è vincolato ad un'esecuzione puntuale di tali indicazioni, potendo provvedere a modificare la normativa in esame nel pieno esercizio della propria discrezionalità, salvo valutare successivamente la conformità a Costituzione della nuova norma.²⁴

Tanto analizzato, si comprende come la tecnica della doppia pronuncia consenta di superare, almeno parzialmente, il limite della discrezionalità legislativa senza tuttavia che ciò si concretizzi in uno sconfinamento della Consulta nella competenza del potere legislativo.

Il limite della discrezionalità legislativa risulta infatti rispettato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia di inammissibilità con monito, in quanto quest'ultima consente al legislatore di modificare la norma in esame esercitando nuovamente tale discrezionalità.

Tuttavia, qualora il legislatore rimanga inerte a seguito del monito, la Consulta nel vedersi riproposta la questione di legittimità costituzionale in ordine alla medesima norma, effettua un nuovo bilanciamento dei principi costituzionali, in base al quale risulta prevalente la necessità di garanzia del rispetto della Costituzione e della conformità a questa delle disposizioni di legge, e pertanto pronuncia una sentenza di accoglimento comportante l'incostituzionalità della norma.

Tale secondo bilanciamento risulta necessario, in quanto, se a seguito di una prima valutazione era risultata preminente la necessità di rispettare i limiti della discrezionalità legislativa, nel momento in cui il legislatore non provvede ad esercitarla a seguito del monito della Consulta, quest'ultima recupera il proprio ruolo di organo di chiusura dell'ordinamento ed appare dunque doverosa una valutazione che porti all'attuazione del rispetto dei principi costituzionali, con conseguente declaratoria di incostituzionalità della norma ad essi contraria.

²⁴ V. Crisafulli, La Corte Costituzionale ha vent'anni, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976,1,1707 ss.

Il limite della discrezionalità legislativa, dunque, risulta superato nella seconda pronuncia relativa alla norma in esame, in quanto recessivo rispetto alla necessità di dare effettiva attuazione ai principi costituzionali.

Tuttavia, tale prevalenza dell'effettività del controllo della Corte Costituzionale, risulta comunque parziale e condizionata dal confine della discrezionalità legislativa, in quanto il secondo intervento della Consulta ha carattere esclusivamente demolitorio, consiste nella rimozione della norma incostituzionale dall'ordinamento e non consente una modifica del contenuto della disposizione che potrebbe invece aversi con l'utilizzo di una pronuncia manipolativa.

La ratio della natura meramente demolitiva del secondo intervento della Consulta è rinvenibile nell'attribuzione al legislatore della discrezionalità nella materia cui la norma incostituzionale appartiene, in quanto tale attribuzione, seppure non esercitata in seguito al monito della Corte Costituzionale, permane nella potestà del legislatore, al quale non può sostituirsi altro organo nella valutazione delle scelte di politica legislativa, come stabilito dall'art. 28 l. 87/1953.

Dunque, la Corte Costituzionale deve esercitare il proprio ruolo di garante di costituzionalità e per farlo può spingersi ad espungere dall'ordinamento la norma contraria al dettato costituzionale, ma non può giungere ad effettuare, in presenza del limite della discrezionalità legislativa in materia, una valutazione di opportunità circa la modifica da apportare alla disposizione affinché risulti conforme alla Costituzione, spettando tale attribuzione, in questo caso, soltanto al legislatore, ed essendo prevista a fronte dell'inerzia di quest'ultimo, nella tecnica della doppia pronuncia, la conseguenza della declaratoria di incostituzionalità totale della norma oggetto dell'eventuale successiva ordinanza di rimessione atta a riproporre la questione di legittimità costituzionale.

3. Il superamento delle rime obbligate come sviluppo della tecnica decisoria della doppia pronuncia

Si è accennato in precedenza al carattere parziale dell'effettività della tecnica della doppia pronuncia, dato principalmente dalla necessità che un altro giudice risollevi la questione in ordine alla norma per cui era stata pronunciata la sentenza di

inammissibilità con monito al fine di far fronte, mediante una pronuncia di accoglimento, alla persistente inerzia del legislatore.

Infatti, se la questione di legittimità costituzionale non viene riproposta, la sola pronuncia di inammissibilità con monito non consente di far fronte all'inerzia del legislatore e permane il vulnus di incostituzionalità, in quanto, stante il limite delle rime obbligate, la Corte Costituzionale non può intervenire ulteriormente in assenza di un'unica soluzione costituzionalmente conforme per modificare la norma nella parte in cui essa lede i principi costituzionali.

In considerazione della scarsa efficacia della tecnica della doppia pronuncia, al fine di garantire l'effettivo rispetto dei principi costituzionali, la Corte Costituzionale si orienta dunque verso tecniche differenti, che tuttavia comportano il superamento delle rime obbligate e, nei casi di maggior complessità, l'abbandono della stessa teoria dei limiti delle rime obbligate.

In particolare, negli ultimi anni la Consulta si è discostata notevolmente dalla teorie delle rime obbligate, per la quale, a tutela della sfera di discrezionalità legislativa, un intervento manipolativo della Corte è ammissibile soltanto in presenza di un'unica soluzione costituzionalmente orientata, giungendo invece ad affermare come, in presenza di diritti fondamentali, non sia ammissibile che questi ultimi vengano compromessi e restino, a seguito dell'inerzia del legislatore, sprovvisti di alcuna garanzia.

Secondo tale nuovo approccio, infatti, l'esigenza preponderante di offrire una tutela costituzionale effettiva ai diritti fondamentali, consente alla Corte Costituzionale di intervenire con pronunce manipolative non soltanto a condizione che vi sia un'unica soluzione conforme a costituzione, bensì ogni qualvolta sia possibile offrire una soluzione in linea con principi contenuti in altri enunciati contenuti all'interno dell'ordinamento, seppure non desumibili in via diretta ed automatica dal dettato costituzionale.

La condizione che consente gli interventi manipolativi della Corte Costituzionale si presenta così meno rigida del modello delle rime obbligate, ed apre alla possibilità di modificare le disposizioni normative lesive di diritti fondamentali anche qualora vi siano più soluzioni costituzionalmente accettabili al vulnus in questione.

Tale nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale presenta, comunque, un collegamento marcato con la tecnica della doppia pronuncia precedentemente analizzata, ed in particolare ne risulta il logico sviluppo, in quanto la Consulta motiva le proprie decisioni manipolative in ragione di precedenti richiami rivolti al legislatore in relazione alla medesima materia con pronunce di inammissibilità con monito, e tuttavia rimasti inattuati.

La Corte Costituzionale inaugura in via pretoria il nuovo indirizzo di apertura alle pronunce manipolative anche oltre i limiti delle rime obbligate con la sent. n. 236/2016, nella quale i giudici affermano che, al fine di non sconfinare nell'esercizio della discrezionalità legislativa spettante al parlamento, la Consulta possa comunque intervenire, esercitando il proprio ruolo di garante di costituzionalità, con pronunce manipolative, purchè tale intervento sia basato su punti di riferimento rinvenibili in altre disposizioni di legge.

Con tale pronuncia infatti la Corte Costituzionale, pur esplicitando che un intervento del legislatore nella materia sarebbe auspicabile, effettua una parificazione in mitius del trattamento sanzionatorio applicabile per il reato di alterazione dello stato civile del neonato non soltanto in ragione della sproporzione esistente tra la pena stabilita per l'alterazione dello stato civile del neonato commessa mediante false certificazioni e attestazione e quella prevista per l'ipotesi in cui tale reato sia commesso mediante sostituzione, bensì anche in ragione dell'eccessiva compromissione dei diritti fondamentali del condannato rispetto alla finalità di tutela dell'interesse del minore alla verità dell'attestazione ufficiale della propria ascendenza che ispira la norma incriminatrice.

In tal modo, viene meno la necessità di un *tertium comparationis* al fine di evidenziare la sproporzione del trattamento sanzionatorio, in quanto evidente in assoluto per la natura del reato commesso e del bene giuridico tutelato rispetto alla compromissione dei diritti fondamentali che tale trattamento comporta per il condannato.

Tuttavia, la necessità di un *tertium comparationis* non può essere negata, non come riferimento al fine di parificare necessariamente i trattamenti sanzionatori della norma dubbiata di costituzionalità e di quella presa a parametro, bensì quale base affinché la Corte Costituzionale, analizzate le disposizioni di legge in materia già presenti

all'interno dell'ordinamento, possa intervenire a sanare il vulnus di incostituzionalità non con una valutazione discrezionale sulla pena, spettante al solo legislatore in quanto scelta di politica-criminale, ma attraverso un giudizio fondato sul criterio della ragionevolezza intrinseca, in forza del quale risulta l'eccessiva sproporzione tra condotte affini sopra citata, che consente di intervenire con una pronuncia manipolativa sostitutiva, nel caso in esame di dosimetria sanzionatoria.

In tale occasione infatti, la Corte Costituzionale precisa che il giudizio di ragionevolezza intrinseca del trattamento sanzionatorio si basa sul principio di proporzionalità, e dunque la sanzione viene modificata, al fine di rispettare i principi costituzionali, sulla base di grandezze già rinvenibili nel sistema legislativo.

Inoltre, pur non ravvisandosi nel caso di specie un'unica soluzione costituzionalmente conforme che consenta alla Corte Costituzionale di pronunciare una sentenza manipolativa nel rispetto dei limiti delle rime obbligate, la Consulta nelle considerazioni di diritto ribadisce che, servendosi di grandezze rinvenibili all'interno dell'ordinamento, è consentito alla stessa di emendare le scelte successive del legislatore in palese contrasto o sproporzione con le predette disposizioni di legge, in quanto l'obiettivo del giudizio di ragionevolezza sul trattamento sanzionatorio non è limitare la discrezionalità legislativa in sede di produzione normativa, bensì ristabilire la coerenza tra la disposizione oggetto di questione di legittimità costituzionale e le scelte già adottate dal legislatore a tutela del medesimo bene giuridico.

Tale nuovo orientamento atto ad affermare la possibilità di utilizzo di pronunce manipolative anche in presenza di più soluzioni possibili a fronte dell'inerzia del legislatore, che rimane condizione necessaria per un secondo intervento della Consulta, con la finalità di garantire l'effettivo rispetto dei principi costituzionali e la corretta tutela dei diritti fondamentali, è ripreso dalla Corte Costituzionale nella sent .n. 113/2020.

Questa pronuncia, relativa alla conformità a Costituzione del termine per proporre reclamo avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza di diniego del permesso premio, ben si presta a porre in evidenza il collegamento tra la tecnica della doppia pronuncia e la nuova possibilità d'utilizzo di sentenze manipolative oltre le rime obbligate, e a delineare il peso del requisito consistente nella presenza di una

compressione di diritti fondamentali, affinché sia possibile ricorrere all'utilizzo della nuova tecnica in esame.

Infatti, la sent. n. 113/2020 decide su una questione già proposta alla Corte Costituzionale, la quale tuttavia si era pronunciata nel senso dell'inammissibilità della questione con monito al legislatore di riformare la disciplina della materia, in quanto, pur ravvisando l'irragionevolezza del termine di 24 ore per il ricorso avverso il provvedimento di diniego del permesso premio, la Consulta non era in grado di giungere, nei limiti delle rime obbligate, ad effettuare una parificazione della disciplina con quanto previsto dalla disciplina dei permessi per necessità, essendo eccessivamente disomogenei i *tertia comparationis* allora indicati dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione.²⁵

Successivamente la Corte di Cassazione rimette nuovamente la questione alla Corte costituzionale, indicando nell'ordinanza di rimessione l'incompatibilità della disciplina del ricorso avverso il diniego di permesso premio con gli artt. 24, 27 e 111 Cost.

In particolare, la Corte di Cassazione evidenzia come, a seguito della piena giurisdizionalizzazione della materia operata con l'introduzione del vigente codice di procedura civile, essendo il ricorso avverso il provvedimento del magistrato di sorveglianza un mezzo di impugnazione, il termine di 24 ore previsto compromette il diritto alla difesa e si pone in contrasto con le regole del giusto processo, non consentendo che vi sia un'effettiva condizione di parità delle parti dinanzi al giudice.

Inoltre, nell'ordinanza di rimessione si pone in risalto lo stretto collegamento tra i permessi premio e la finalità rieducativa della pena, in quanto i primi risultano fondamentali all'inizio del processo di reinserimento del condannato in società.

Il *tertium comparationis* dedotto dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza di rimessione, al fine di non ottenere una semplice pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore in ragione del limite della discrezionalità legislativa in materia, richiama l'art. 35 bis dl. n. 146/2013, il quale prevede il termine di quindici giorni per la presentazione del reclamo avverso tutte le decisioni del magistrato di sorveglianza compreso dunque, a seguito della sua giurisdizionalizzazione, il diniego del permesso premio.

²⁵ Sent.n. 235/1996 Corte Cost.

La Corte Costituzionale, con sent. n. 113/2020, elimina il vulnus di incostituzionalità mediante l'estensione ai permessi premio della disciplina in materia di reclamo avverso le decisioni del magistrato di sorveglianza, precisando che è comunque consentito al legislatore di individuare un diverso termine per il reclamo avverso il permesso premio, purché conforme alle garanzie costituzionali.

La sentenza appena analizzata consente dunque di evidenziare la necessità dei *tertium comparationis* al fine di ottenere una pronuncia manipolativa che determini l'eliminazione del vulnus di incostituzionalità, non essendo condizione sufficiente, sebbene necessaria, la lesione di diritti costituzionalmente garantiti.

Ciò è dimostrato dalla vicenda antecedente della medesima disciplina, conclusasi nel 1996 con una pronuncia di inammissibilità con monito in quanto, pur ravvisandosi anche in tale sede la violazione del diritto di difesa e dei principi sulla finalità rieducativa della pena, era impossibile giungere ad una riforma della disciplina in ragione della disomogeneità della fattispecie rispetto a quella disciplinata dalla norma dedotta a *tertium comparationis*.

Tuttavia, nel solco della sent. n. 236/2016, con la pronuncia del 2020 la Corte Costituzionale supera il limite delle rime obbligate, non ravvisando nell'art. 35 bis dl. 146/2013 l'unica soluzione costituzionalmente accettabile, bensì il dato normativo già esistente che consente di giungere a parificare la disciplina è che consente di garantire la tutela dei principi fondamentali compromessi dalla norma incostituzionale.

Un fondamentale discrimine idoneo ad evidenziare il carattere non di obbligatorietà, bensì di possibilità della soluzione assunta sulla base del *tertium comparationis* addotto dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione, consiste nell'indicazione che la Corte Costituzionale rivolge al legislatore nella sent. n. 113/2020²⁶, secondo la quale un'ulteriore modifica della normativa nell'esercizio della discrezionalità legislativa resta possibile, purché quest'ultima sia in linea con i principi costituzionali.

Ciò dimostra come il superamento delle rime obbligate non debba intendersi nel senso di una compressione della sfera di esercizio della discrezionalità legislativa attribuita dall'ordinamento al legislatore, bensì come una risposta alla necessità di una tutela immediata dei diritti fondamentali e del rispetto della Costituzione, in quanto al

²⁶ Sent.n. 113/2020 Corte Cost.

legislatore è ancora consentito esercitare la propria facoltà di modifica della normativa, e tuttavia, onde evitare che l'inerzia o l'eccessiva lentezza di tali modifiche impedisca una tutela effettiva, la Corte Costituzionale esercita il proprio ruolo di garante della Costituzionalità fornendo nell'immediato una soluzione costituzionalmente legittima ed in linea con il sistema ordinamentale, affermando così dunque la legittimità di interventi manipolativi anche in assenza di una soluzione a rime obbligate, essendo possibile per la Corte Costituzionale effettuare tali interventi basandosi, caso per caso, sui *tertia comparationis* indicati dai giudici a quibus nelle ordinanze di rimessione.

Alla luce della sentenza appena analizzata, si ravvisa come i più recenti orientamenti della Corte costituzionale in relazione alle tipologie di decisioni utilizzabili, si discostino notevolmente dall'originaria chiave di lettura dell'art. 28 l. 87/ 1953, in forza del quale non è ammissibile un intervento della Corte Costituzionale che sconfini nella discrezionalità legislativa, salvo che non vi sia una soluzione a rime obbligate.

Emblematica del precedente orientamento della Corte Costituzionale è la pronuncia n. 230/1987²⁷ con la quale la Consulta, in tema di normazione dell'indipendenza dei giudici della Corte dei Conti, afferma che, data la pluralità di soluzioni normative proposte dai giudici nelle ordinanze di rimessione, essa stessa non può estendere ai giudici della Corte dei Conti le garanzie previste in Costituzione, spettando invece al legislatore di disciplinare la materia.

Il problema della pluralità di soluzioni normative è stato risolto dalla Corte Costituzionale, sino all'affermarsi del più recente orientamento sopra analizzato, di frequente mediante l'utilizzo di sentenze additive di principio.

Queste ultime infatti, pur essendo affini alla tecnica della doppia pronuncia in quanto attribuenti al legislatore l'onere di provvedere alla modifica della norma di cui si ravvisa l'incostituzionalità, consentono una parziale risposta immediata alla necessità di attuare le garanzie costituzionalmente previste, in quanto consentono, sino all'intervento modificativo del legislatore, ai giudici a quibus di applicare nei giudizi il principio enunciato dalla Corte Costituzionale nella sentenza additiva di principio.

Tuttavia, tale soluzione non risulta pienamente soddisfacente, in quanto, pur consentendo ai giudici a quibus di decidere il caso concreto applicando il principio

²⁷ Sent.n. 230/1987 Corte Cost.

enunciato in sentenza, non garantisce uniformità nelle decisioni, non essendovi un'interpretazione univoca del principio in questione adottabile dai singoli giudici, ed inoltre si pone in contrasto con la garanzia prevista dal principio di certezza del diritto.

Il principio di certezza del diritto appare infatti parzialmente compromesso dall'utilizzo frequente della tecnica decisoria delle sentenze additive di principio in quanto non consente, sino all'intervento del legislatore, di adottare una disciplina organica ed anzi implica, trattandosi non di leggi ma di applicazioni singole in via pretoria del principio enunciato dalla Corte Costituzionale, difformità interpretative ed applicative, incorrendo così nel rischio che casi analoghi vengano disciplinati diversamente.

Considerato che anche in presenza di pronunce additive di principio, così come accade per le decisioni di inammissibilità con monito, è frequente che l'inerzia del legislatore si protragga anche in seguito all'invito della Corte Costituzionale a conformarsi al principio enunciato in sentenza, l'incertezza circa la disciplina applicabile ai casi concreti implicanti il dare esecuzione al principio oggetto di additiva di principio si protrae dunque per un lasso di tempo eccessivo, potenzialmente sine die.

In ragione dell'inefficacia delle tecniche della doppia pronuncia e delle additive di principio la Corte Costituzionale, prendendo le mosse dal più recente orientamento giurisprudenziale che consente di attuare le garanzie costituzionali mediante le sentenze manipolative anche in materia coperta da discrezionalità legislativa oltre al limite delle rime obbligate, negli ultimi anni sviluppa nuove tecniche decisorie che, in casi limite, prevedono l'abbandono della struttura a rime obbligate.

In particolare, con la sent. n. 222/2018²⁸ in materia di trattamento di fine vita, la Corte Costituzionale ribadisce la sufficienza, al fine di attuare un sindacato sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata condotta, dell'esistenza all'interno dell'ordinamento di punti di riferimento e soluzioni costituzionalmente conformi, ancorché non a rime obbligate.

Partendo da tale assunto, che prende in considerazione non l'unicità delle soluzioni offerte dai giudici a quibus, bensì la loro adeguatezza, con le pronunce n. 207/2018²⁹

²⁸ Sent.n. 222/2018 Corte Cost.

²⁹ Sent.n. 207/2018 Corte Cost.

e 132/2020³⁰, la Corte Costituzionale introduce in via pretoria l'ordinanza di incostituzionalità prospettata, della quale si analizzerà la struttura nel capitolo successivo, con la quale si inquadra quale superabile il limite della discrezionalità legislativa, a fronte dell'esigenza di immediata tutela costituzionale.

In particolare, l'applicazione di tale tecnica si riscontra maggiormente in ipotesi di modifiche in bonam partem da parte della Corte Costituzionale, le quali operano in una più ampia sfera di tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti.³¹

Tale impostazione, finalizzata al superamento dei limiti della discrezionalità legislativa in materia penale in relazione a pronunce modificative con effetti in bonam partem, viene confermata quale orientamento prevalente della Corte Costituzionale anche in sede di relazione sull'attività annuale della Consulta.

Infatti, nella relazione sull'attività dell'anno 2019, l'allora presidente Cartabia afferma l'inaccettabilità di un limite invalicabile all'intervento della Corte Costituzionale, organo garante di costituzionalità e di chiusura dell'ordinamento, in materia penale; in quanto proprio in quest'ultima rilevano maggiormente i diritti fondamentali dell'individuo in relazione alla potestà punitiva statale.

Per tale ragione, in presenza di soluzioni non univoche la Corte Costituzionale non è rimasta inerte in forza del vincolo dell'inammissibilità per discrezionalità legislativa, ed anzi ha tentato di offrire soluzioni costituzionalmente accettabili già rinvenibili nell'ordinamento.

Inoltre, la Corte Costituzionale con tali soluzioni ha rispettato l'attribuzione discrezionale del legislatore, in quanto l'alternativa costituzionalmente orientata scelta dalla Consulta non risulta definitiva, bensì modificabile dal legislatore stesso a mezzo di riforma legislativa.

4. Il problema dei giudizi ultra petita

Analizzato l'attuale orientamento della Corte Costituzionale relativamente ai limiti della discrezionalità legislativa ed alle nuove tecniche decisorie finalizzate alla tutela

³⁰ Ord.n. 132/2020 Corte Cost.

³¹ Dario Martire, "Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sent.n. 113/2020 della Corte Costituzionale", in osservatorio costituzionale, fasc. 6/2020

dei diritti fondamentali individuali, è ora necessario valutare brevemente l'operato della Consulta in relazione alla problematica del superamento del principio del chiesto-pronunciato, che si pone in ordine all'utilizzo delle più recenti tecniche decisorie.

Infatti, è stato in varie occasioni obiettato alla Corte Costituzionale di superare il *petitum* nel momento in cui indica quale, tra le varie soluzioni costituzionalmente possibili, adottare almeno provvisoriamente in assenza di un intervento legislativo.

In particolare, in tali casi la Consulta è stata criticata per aver ampliato il *thema decidendi*, fornendo alla questione di legittimità costituzionale soluzioni diverse da quanto indicato dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione.

Tale critica si fonda su quanto disposto dall'art. 27 l. 87/1953, in base al quale la Corte Costituzionale, in caso di accoglimento di una questione di legittimità costituzionale, dichiara le disposizioni incostituzionali nei limiti dell'impugnazione.

Secondo la suddetta disposizione dunque, in ossequio al principio processuale del chiesto-pronunciato, nella declaratoria di incostituzionalità la Corte Costituzionale deve procedere necessariamente sulla base dei parametri indicati dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione, e soltanto in relazione alle disposizioni da quest'ultimo dubitate di incostituzionalità ed a quelle la cui illegittimità costituzionale deriva dalla decisione di accoglimento adottata in relazione alla norma in questione.³²

Tuttavia, nei casi in cui la Corte Costituzionale fornisce una soluzione costituzionalmente accettabile, non è possibile ravvisare una variazione del *thema decidendi* in quanto, pur non essendo sempre menzionata nelle ordinanze di rimessione la richiesta affinché la Consulta si pronunci con una decisione di tipo sostitutivo o additivo, la normativa che la Corte ritiene applicabile ai casi disciplinati dalla disposizione incostituzionale è rinvenuta sulla base dei *tertia comparationis* addotti dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione.

Inoltre, anche qualora il *petitum* si limiti ad introdurre la questione di legittimità costituzionale di una norma senza richiederne espressamente la sostituzione, giova in questa sede ricordare che la Corte Costituzionale, nel pronunciare sentenze di tipo sostitutivo, tutela l'ordinamento dall'insorgere di nuove lacune e fornisce una risposta

³² E.Malfatti, S.Panizza, R. Romboli, *Giustizia Costituzionale*, Torino 2020

più rapida alla necessità di tutela dei diritti fondamentali rispetto ad una riforma legislativa.

È necessario ancora rilevare che, nella maggioranza dei casi, la Corte Costituzionale procede mediante una sentenza manipolativa oltre i limiti delle rime obbligate a seguito di tentativi già esperiti attraverso la tecnica dell'inammissibilità con monito per la medesima questione.

Il mancato recepimento dei suddetti moniti, infatti, comporta per la Consulta anche la possibilità di intervenire, una volta risolta la questione, riformando il contenuto normativo lesivo dei diritti fondamentali.

In tali casi, dunque, è giocoforza ravvisare come il secondo intervento della Corte Costituzionale non possa considerarsi *ultra petita*, in quanto la finalità di eliminazione del *vulnus* di incostituzionalità presente nella disposizione in esame permane, e la tecnica utilizzata dalla Consulta nella seconda pronuncia risponde al medesimo fine di ripristino della costituzionalità, pur effettuandosi un intervento di tipo sostitutivo a fronte dell'inerzia del legislatore.

Tale concezione appare in linea con l'attuale orientamento della Corte Costituzionale finalizzato alla pronta tutela dei diritti fondamentali in quanto organo di chiusura dell'ordinamento, e si concilia inoltre con la moderna accezione dei limiti imposti dal principio del chiesto pronunciato.

Infatti, pur dovendo la Corte Costituzionale non spingersi oltre la norma impugnata ed i *tertia comparationis* di raffronto indicati nell'ordinanza di rimessione, il *thema decidendi* può essere ampliato dalla Consulta nella fase di interpretazione dell'ordinanza di rimessione, essendo considerato dalla giurisprudenza costituzionale costante flessibile il principio del chiesto pronunciato in presenza di interpretazione creatrice.

Inoltre, si deve ricordare a proposito dei sempre più frequenti interventi in materia penale con giudizi di dosimetria sanzionatoria a fronte di una mancata modifica alla disciplina effettuabile dal legislatore, che la Corte Costituzionale, secondo giurisprudenza costante, può individuare ipotesi di illegittimità costituzionale consequenziale di fattispecie normative analoghe o simili a quella modificata mediante l'intervento sostitutivo, purchè ricorra la violazione dei medesimi principi costituzionali compromessi dalla prima norma.

Secondo tale visione elastica del principio del chiesto pronunciato e dell'illegittimità costituzionale consequenziale è possibile, dunque, per la Corte Costituzionale esercitare il proprio ruolo di garante del rispetto della Costituzione e, più in particolare nei casi in esame, della corretta attuazione dei diritti fondamentali, anche qualora l'intervento sostitutivo non sia espressamente ribadito nella seconda ordinanza di rimessione, essendo invece sufficiente che nella stessa siano individuabili i *tertia comparationis* utilizzabili dalla Consulta per determinare la soluzione costituzionalmente accettata presente all'interno dell'ordinamento.

5. Dalle rime obbligate alle rime possibili?

Come accennato in precedenza, si riscontra dunque una sempre maggiore tendenza della Corte Costituzionale, in particolare mediante l'utilizzo delle nuove tecniche decisorie di creazione pretoria, ad adottare pronunce non rispondenti al limite delle rime obbligate.

In particolare, si fa riferimento in questa sede alle decisioni della Corte Costituzionale, specie all'interno dei giudizi di dosimetria sanzionatoria, che dal 2016 ad oggi rilevano per l'adozione di soluzioni modificative della norma oggetto del giudizio di costituzionalità non inquadrabili quali unica soluzione costituzionalmente accettabile.

Inoltre, la predetta problematica si pone anche in relazione all'utilizzo nel giudizio di costituzionalità dei *tertia comparationis*, non essendo nelle più recenti pronunce ravvisabile neppure in essi il rispetto rigoroso dei confini delle rime obbligate.

Infatti, i *tertia comparationis*, ossia la normativa di raffronto con cui è possibile ravvisare l'incostituzionalità della disposizione oggetto di giudizio, dovrebbero presentare stringenti identità con la norma incostituzionale dal punto di vista della fattispecie sanzionata, non essendo consentito in materia penale ricorrere all'analogia, e dovrebbero inoltre risultare indicati dal giudice a quo nell'ordinanza di rimessione.

Tuttavia, si è assistito di recente all'assunzione da parte della Corte Costituzionale di *tertia comparationis* differenti da quelli indicati nell'ordinanza di rimessione o neppure richiesti nella medesima, ed inoltre si riscontra la maggior propensione della

Consulta ad individuare tra molteplici *tertia comparationis* una soluzione, sebbene le altre rinvenibili all'interno dell'ordinamento risultino parimenti accettabili.

Tale nuova modalità di risoluzione delle questioni di costituzionalità che molto si discosta dalla definizione che Crisafulli fornisce di rime obbligate quali confini all'attività manipolativa della Corte Costituzionale, è definibile secondo la dottrina come un periodo di ri-accentramento.³³

In particolare, per ri-accentramento dell'attività della Corte Costituzionale si intende un recupero della funzione di garante di costituzionalità della Consulta, la quale adotta soluzioni alternative ai tradizionali confini al proprio operato al fine di garantire l'attuazione dei principi costituzionali.

Dunque, al fine di comprendere come la Corte Costituzionale si sia mossa dalla teoria delle rime obbligate verso le c.d. rime possibili, è necessario tenere conto del contesto che determina l'apertura verso nuove modalità e tecniche di giudizio di costituzionalità.

In primo luogo, giova in questa sede ricordare che il primo fattore che ben si presta a condurre l'attività della Corte Costituzionale verso nuovi cambiamenti è ravvisabile nel contesto in cui la stessa opera, in quanto, pur essendo la Consulta anzitutto il giudice delle leggi, ed in quanto tale dotata dei caratteri di terzietà ed imparzialità, la stessa si inserisce nel contesto mutevole della realtà.

In particolare, a mutare quale conseguenza dei mutamenti della società è anzitutto il disvalore associato alle condotte sanzionate penalmente, e questo determina la necessità di ripristinare la coerenza tra tali norme ed il sistema ordinamentale, operazione che la Corte Costituzionale pone in essere mediante i giudizi di dosimetria sanzionatoria.

In secondo luogo, è possibile rinvenire un altro importante fattore che conduce la Consulta al superamento delle rime obbligate, ossia l'inerzia del legislatore a fronte dei moniti della stessa Corte, ma anche la mancanza di riforme da parte del legislatore in relazione a leggi non più conformi a Costituzione.

In particolare, in tali casi la Corte Costituzionale, al fine di evitare il protrarsi *sine die* della permanenza della norma incostituzionale nell'ordinamento ed al contempo al fine di evitare la creazione di un vuoto di disciplina conseguente ad una declaratoria

³³ D. Tenga, "La Corte nel contesto", BUP, 2020, 23 e ss

di incostituzionalità, pronuncia una sentenza di tipo manipolativo anche oltre il limiti e delle rime obbligate.

Tuttavia, il nuovo approccio di ri-accentramento adottato recentemente dalla Consulta mediante l'utilizzo di nuove tecniche decisorie, parrebbe porre un problema inerente la legittimazione³⁴, in quanto il superamento del limite delle rime obbligate comporta per la Corte Costituzionale il compimento di una scelta tra diverse alternative ugualmente possibili, ricalcando così il ruolo spettante al legislatore nella fase di produzione normativa.

Infatti, la legittimazione agli interventi manipolativi della Corte Costituzionale è individuabile secondo la teoria delle rime obbligate nella presenza di un'unica soluzione costituzionalmente accettabile, per cui dunque l'attività della Consulta non avrebbe portata creativa, bensì interpretativa atta a portare alla luce l'unico significato della norma oggetto di giudizio che possa dirsi in linea con il dettato costituzionale.

In relazione alle più recenti pronunce della Corte Costituzionale, invece, non è possibile individuare i medesimi profili di legittimazione in ragione della scelta che la Consulta compie tra più alternative adottabili per modificare la norma in senso conforme a Costituzione, derivando per altro da tale considerazione la definizione di rime possibili recentemente adottata dalla dottrina per definire la metodologia adottata dalla Corte nelle sentenze manipolative e nei giudizi di dosimetria sanzionatoria dal 2016 ad oggi.

Tuttavia, è possibile ravvisare un tentativo di legittimazione ex post degli interventi manipolativi comportanti il superamento del limite delle rime obbligate, consistendo tale legittimazione nella precisazione in sentenza da parte della Corte Costituzionale del carattere di possibilità della scelta effettuata dalla stessa tra più alternative costituzionalmente conformi e della possibilità per il legislatore di intervenire con una modifica successiva rispetto alla norma manipolata, purchè il nuovo dispositivo rispetti comunque i canoni costituzionali, invece violati dalla norma oggetto di giudizio di costituzionalità.

Sebbene la legittimazione sia un fondamentale requisito, ricercato dalla Corte Costituzionale in relazione alle molteplici tecniche dalla stessa ideate, giova in questa

³⁴ D. Tenga, "La traiettoria a rime obbligate, da creatività eccessiva, a *felix cupla*, a gabbia troppo costrittiva", in *Sistema Penale*, fasc. 2/2021, 4

sede ricordare che questa sarebbe raggiungibile mediante una giurisdizionalizzazione, e dunque un uso maggiormente diffuso e regolamentato, delle nuove tecniche decisorie, affinché le medesime si prestino non solo, come la critica afferma, a risolvere il caso concreto, bensì anche ad estendere il controllo di costituzionalità, garantendo effettività ai principi costituzionali.

Pur se la tendenza al superamento delle rime obbligate verso le rime possibili sia rinvenibile in tempi recenti, una visione elastica dell'attività della Corte Costituzionale, quale doverosa alternativa al modello accoglimento-rigetto qualora quest'ultima non consenta la piena attuazione delle garanzie costituzionalmente previste, è individuabile già nella teoria di Crisafulli e, in un secondo momento, nella riflessione di Livio Paladin circa l'apertura ai giudizi di giustificatazza.

In particolare, Crisafulli, nell'elaborare la teoria delle rime obbligate non tanto quale limite, quanto più quale legittimazione entro i confini dell'unica soluzione costituzionalmente accettabile degli interventi manipolativi della Consulta, ritiene che siano le tecniche a doversi adattare alla realtà giuridica e non viceversa³⁵, aprendo così alla possibilità di pronunce additive e sostitutive qualora tale via sia l'unica mediante la quale riportare a coerenza il sistema ordinamentale facendo emergere la soluzione costituzionalmente adeguata.

Tale considerazione circa la necessità di adattare la tecnica decisoria alla realtà ben si presta ad essere adattata anche alle nuove tipologie di sentenze adottate dalla Corte Costituzionale, in quanto il superamento delle rime obbligate e la scelta di una soluzione a rime possibili sono attuate dalla Consulta, pur se in via pretoria, al fine di far fronte all'inerzia del legislatore rispetto ai moniti espressi dalla Corte, senza che dall'attività di quest'ultima derivi, a maggior scapito delle garanzie costituzionali in gioco, una lacuna di disciplina tale da porre in crisi il principio di certezza di diritto.

Quanto all'elaborazione di Livio Paladin, appare necessario in questa sede soffermarsi sull'analisi degli elementi secondo quest'ultimo coinvolti nel giudizio di giustificatazza, poiché, nella valutazione della Corte Costituzionale circa la giustificatazza, in proseguo individuata nei giudizi di ragionevolezza, della previsione normativa oggetto di giudizio di costituzionalità, sarebbero coinvolti anche parametri

³⁵ F. Modugno, G. D'Alessandro, "Il contributo di Vezio Crisafulli alla rivista *Giurisprudenza costituzionale*", in A. PACE, "Corte costituzionale e processo costituzionale", 2006, 560 e ss

extragiuridici, in particolare in riferimento alle valutazioni di congruità del dispositivo di legge rispetto all'art. 3 Cost.³⁶

Nell'affermare come la valutazione della Corte Costituzionale non si limiterebbe ad un giudizio di legittimità della norma rispetto ai parametri giuridici di riferimento, Paladin precisa tuttavia come il giudizio stesso non possa definirsi di merito ed in quanto tale sconfinante nella sfera di competenza del Parlamento, essendo la ratio legis, e conseguentemente anche i riferimenti giuridici ed extragiuridici utilizzati per riportare la norma a coerenza con il sistema costituzionale, rinvenibili all'interno dell'ordinamento, e dunque non oltre il limite segnato dalla teoria delle rime obbligate.³⁷

Tuttavia, appare doveroso, al fine di inquadrare il percorso logico che porta la Corte Costituzionale ad allontanarsi dal modello delle rime obbligate avvicinandosi a quello delle rime possibili, ricordare anche un'ulteriore precisazione espressa da Crisafulli, ovvero la sfumatezza del confine tra valutazione e manipolazione all'insegna della legittimità costituzionale e valutazione comportante una scelta di merito, in particolare ravvisando il rischio che la pronuncia della Consulta sfoci in una valutazione del secondo tipo nell'ipotesi in cui la sentenza manipolativa sia finalizzata ad evitare il formarsi di una lacuna nella disciplina legislativa.

Tale considerazione appare particolarmente attuale in relazione ai profili di legittimità delle pronunce manipolative espresse in materia penale, ed in particolare dei giudizi di dosimetria sanzionatoria condotti dalla Corte Costituzionale sulla base di *tertia comparationis* possibili e non a rime obbligate³⁸.

Infatti, la critica prevalentemente rivolta a tale tipologia di giudizio, tanto nella sua iniziale applicazione quanto nella recente propensione della Consulta ad effettuare la dosimetria sanzionatoria scegliendo tra più parametri egualmente applicabili alla norma oggetto di giudizio, prende le mosse dall'art. 25 co.2 Cost. ed in particolare

³⁶ L. Paladin, "Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza", in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale*. In onore di Vezio Crisafulli, I, *Scritti su la giustizia costituzionale*

³⁷ L. Paladin, "Il sindacato della Corte costituzionale sull'utilità delle leggi", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, 1, 144 ss.

³⁸ P. Carnevale, A. Celotto, "Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi", Torino, 1998.

dalla competenza esclusiva del Parlamento ad effettuare scelte di politica criminale mediante cui regolare le fattispecie di reato.

Tale critica si basa sulla caratteristica della frammentarietà del diritto penale, intrinseca alla definizione di quest'ultimo è determinata dalla possibilità per il solo legislatore di disciplinare nella sfera del penalmente rilevante determinate condotte, e dunque conseguentemente sul carattere accessorio e non necessario degli interventi della Corte Costituzionale che si spingano oltre la rimozione dell'incostituzionalità mediante una pronuncia meramente ablativa, in quanto dovrebbe essere il legislatore solo a valutare di reinserire successivamente nella sfera del penalmente rilevante una nuova norma rispettante i caratteri della costituzionalità.

Inoltre, secondo tale critica, non solo mancherebbe il presupposto di legittimazione degli interventi manipolativi in materia penale non essendo ravvisabile una soluzione a rime obbligate, in quanto soltanto il legislatore stabilirebbe ex art. 25 co.2 Cost. quali condotte costituiscono reato, bensì non sarebbe neppure possibile pronunciare una sentenza manipolativa sostitutiva all'interno di un giudizio di dosimetria sanzionatoria poiché il mutamento della cornice edittale basato su quanto previsto dalla norma scelta dalla Corte Costituzionale quale *tertium comparationis* implicherebbe necessariamente una valutazione analogica, ed il divieto di analogia è prescritto in materia penale quale corollario del principio di legalità.

Tuttavia, come analizzato in precedenza nella trattazione, tale critica non appare condivisibile, in quanto con i giudizi di dosimetria sanzionatoria la Corte Costituzionale non amplia la sfera del penalmente rilevante, in quanto è pacifico nella giurisprudenza costituzionale costante il divieto di utilizzare in materia penale sentenze manipolative additive di regola, ed inoltre la manipolazione che modifica la norma penale, pur se utilizzando un *tertium comparationis* non obbligato ma soltanto possibile, non appare atta ad influire sulle scelte di politica criminale, bensì a riportare al corretto bilanciamento la garanzia del bene tutelato mediante la fattispecie di reato ed i controinteressi, ossia i principi e le garanzie costituzionali compromesse dalla disposizione sanzionatoria non più conforme a Costituzione.

Dunque, l'ingerenza nelle determinazioni legislative attraverso il compimento di una scelta da parte della Corte Costituzionale tra più parametri possibili mediante cui condurre il giudizio di dosimetria sanzionatoria, e quindi anche attraverso la

conseguente scelta della modifica della pena, appare un effetto, per così dire, collaterale, di una scelta adottata dalla Consulta al fine di porre rimedio all'inerzia legislativa rispetto alle modifiche necessarie al sistema penale affinché quest'ultimo possa definirsi attualmente conforme a Costituzione.

In particolare, se è possibile affermare che in ragione della frammentarietà del diritto penale non vi è l'esigenza di colmare ogni lacuna al suo interno, è tuttavia possibile anche operare una distinzione tra lacune volontarie relativamente ad aspetti non disciplinati dal legislatore, e lacune determinate da pronunce ablativo della Corte Costituzionale in relazione a fattispecie invece previste dal legislatore come reato.

Infatti, in tale seconda ipotesi la Consulta, in quanto garante dell'effettività dei principi costituzionali, effettua, prima di scegliere se procedere con una decisione ablativa o con un giudizio di dosimetria sanzionatoria, una valutazione circa la permanenza nell'ordinamento della necessità di tutela del bene giuridico protetto dalla fattispecie di reato, in quanto qualora tale necessità risulti ancora attuale una pronuncia ablativa ingenererebbe incertezza sul trattamento delle condotte anteriori e contestuali alla declaratoria di incostituzionalità ed un vuoto di tutela, cui il legislatore, come riscontrato attraverso i precedenti utilizzi delle pronunce di inammissibilità con monito poi sfociate in sentenze di accoglimento, non appare provvedere in tempi ragionevoli.

Per tale motivo la Corte Costituzionale, spesso in risposta alle numerose richieste dei giudici a quibus effettuate con ordinanza di rimessione, le quali possono rivelarsi un indice della percezione generale della non più conformità a Costituzione della norma penale, si è spinta oltre la teoria delle rime obbligate, risolvendo la questione con sentenze manipolative che possono dirsi a rime possibili.

Tale apertura, come accennato in precedenza, riguarda anzitutto i casi limiti, ossia i casi in cui con altre tipologie di intervento o di astensione della Consulta non sarebbe possibile garantire l'effettività del rispetto dei principi costituzionali, ma si allarga, negli ultimi periodi, a ricomprendere anche numerose situazioni accomunate dalla non prevedibilità delle stesse al momento di creazione della disposizione di legge oggetto di giudizio di costituzionalità.

In particolare, appare maggiormente corretto inquadrare le ipotesi in cui la Corte Costituzionale si discosta dalle rime obbligate verso le rime possibili in relazione al

presentarsi delle seguenti circostanze:³⁹ inerzia legislativa a fronte dei ripetuti moniti della Consulta, irragionevolezza o arbitrarietà della scelta legislativa, rischio relativo alla creazione di un vuoto di disciplina ed alla compromissione del principio di certezza di diritto mediante l'utilizzo di una pronuncia meramente ablativa, carattere incidentale del giudizio, il quale consente di porre l'accento sulla necessità non solo di regolamentare differientemente la fattispecie in astratto, bensì di dare anche pronta soluzione al caso concreto che si presenta alla Corte Costituzionale.

Tuttavia, l'utilizzo delle rime possibili, vista la ricchezza del novero di ordinanze di rimessione ed il protrarsi dell'inerzia legislativa, appare, contrariamente a quanto perseguito dalla Consulta tanto mediante le pronunce di inammissibilità con monito quanto mediante l'introduzione di nuove tecniche decisorie pretorie, condurre ad un dialogo che ha per interlocutori la Corte Costituzionale ed i giudici a quibus⁴⁰, non il legislatore, il quale non recepisce gli inviti della Consulta ad intervenire con le necessarie riforme di legge.

Tale mancato raggiungimento dello scopo individuabile in una collaborazione tra Corte Costituzionale e legislatore non appare, tuttavia, indice di fallimento dell'utilizzo del nuovo modello delle rime possibili, in quanto le stesse consentono di offrire tutela al caso concreto oltre che alla fattispecie astratta e di ovviare alla problematica relativa all'incertezza di diritto ingenerata dalle possibili diverse interpretazioni adottate dai giudici a quibus nei singoli giudizi.

Infatti, qualora la Corte Costituzionale si limitasse, a fronte della costante inerzia legislativa, a concludere il giudizio con una pronuncia di inammissibilità con monito, sarebbero gli stessi giudici a quibus a tentare di limitare l'ambito applicativo della norma incostituzionale e, conseguentemente, la sfera del penalmente rilevante, interpretando la disposizione alla luce di differenti precetti e considerazioni della giurisprudenza costituzionale.

In tale caso, l'interferenza nella sfera legislativa sarebbe maggiore, in quanto effettuata diffusamente dai singoli giudici, ed il principio di certezza di diritto,

³⁹ D. Tenga, "La traiettoria a rime obbligate, da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva", in *Sistema Penale*, fasc. 1/2021, 23

⁴⁰ Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016, 2017, in www.cortecostituzionale.it, 1 e 15

anch'esso corollario del principio di legalità in materia penale, non potrebbe dirsi rispettato.

Dunque, l'adozione da parte della Corte Costituzionale di soluzioni a rime possibili appare legittimabile nelle situazioni sopra indicate, tuttavia ciò che appare necessario, al fine di raggiungere tale legittimazione e bilanciare tale approccio con la tradizionale teoria delle rime obbligate, è una giurisdizionalizzazione delle nuove pronunce della Consulta tale da consentire l'individuazione dell'ambito applicativo delle nuove tecniche decisorie a rime possibili.

In tal modo, mediante una nuova giurisprudenza costante od una modifica delle norme integrative che tenga conto del nuovo indirizzo, sarebbe possibile identificare a priori in quali casi fare affidamento sul tradizionale limite delle rime obbligate ed in quali invece vi sia la necessità di ricorrere ad una soluzione a rime possibili, con la maggior ingerenza nella sfera legislativa che essa comporta e tuttavia finalizzata alla superiore necessità di rispetto delle garanzie costituzionali non altrimenti raggiungibile.

CAPITOLO TRE

GLI EFFETTI DEL SUPERAMENTO DELLE RIME OBBLIGATE E I CASI LIMITE

1. L'attenuazione delle rime obbligate e le nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale: il caso Cappato

Come analizzato nel precedente capitolo, si ravvisa dunque la sempre maggiore tendenza delle decisioni adottate dalla Corte Costituzionale ad andare oltre il limite delle rime obbligate.

In particolare, il superamento del tradizionale confine delineato da Crisafulli si riscontra, nella maggioranza dei casi, in ipotesi definibili “casi limite”.

Con tale espressione si intende ricomprendere le ipotesi in cui l'incostituzionalità riguardi una norma disciplinante aree delicate di diritto, quali i diritti fondamentali e, più in particolare, la materia penale.

Specialmente in materia penale, infatti, è evidente la stretta connessione tra i diritti fondamentali, che possono essere compromessi dalle norme incriminatrici soltanto nella misura in cui ciò sia strettamente necessario, e l'eventuale incostituzionalità di uno o più dispositivi di legge penale.

In tale ipotesi, dunque, essendo la materia penale interamente coperta dal principio di legalità dei delitti e delle pene e dal corollario principio di riserva di legge, secondo la dottrina tradizionale sarebbe impossibile per la Corte Costituzionale adottare una tipologia di decisione diversa dal binomio accoglimento-rigetto.

Tuttavia, con lo sviluppo di tecniche alternative al suddetto modello, ideate ed adottate in via pretoria dalla Corte Costituzionale, si è giunti, come analizzato ampiamente nel primo capitolo, ad ammettere anche in materia penale interventi a carattere manipolativo da parte della Consulta, quali i giudizi di dosimetria sanzionatoria.

Anche in tali ultimi casi, la dottrina tradizionale sostiene che la Corte Costituzionale possa giungere a riformare il contenuto della norma penale oggetto di giudizio di costituzionalità soltanto qualora nell'ordinamento sia ravvisabile un'unica soluzione costituzionalmente orientata.

Allo stesso modo, la medesima dottrina attribuisce dunque prevalenza alla necessità di rispettare il limite della discrezionalità legislativa, adottando così in materia penale un'interpretazione rigida del principio di legalità.

Tuttavia, tale impostazione rigida non consente nei suddetti casi limite di porre rimedio alla situazione contingente di incostituzionalità e, dunque, neppure di garantire nell'immediato adeguata tutela ai diritti e principi costituzionali lesi dalla norma incostituzionale.

Alla luce della complessità che caratterizza gli interventi in materia penale, per i quali è, come in precedenza sottolineato, necessario tener conto tanto dei confini dati dal rispetto della discrezionalità legislativa quanto del dovere di garantire la tutela dei diritti fondamentali ed il principio di certezza del diritto, la Corte Costituzionale ha introdotto, negli ultimi anni, diverse tecniche decisorie finalizzate a contemperare tali esigenze, nel tentativo di instaurare con il legislatore un rapporto di cooperazione e di superare così le implicazioni negative che l'inerzia legislativa comporta all'interno dell'ordinamento.

Emblematica dell'orientamento più recente della Corte Costituzionale, finalizzato ad una maggior garanzia di tutela costituzionale nei casi in cui un'interpretazione rigida del principio di legalità imporrebbe alla stessa di arrestarsi per non valicare i confini della discrezionalità legislativa, è la tecnica decisoria del rinvio a data fissa.

Al fine di delineare compiutamente le finalità e le modalità di utilizzo di tale tecnica, è necessario proseguire nella trattazione anzitutto analizzando il primo caso in cui il rinvio a data fissa ha trovato applicazione.

In particolare, la tecnica del rinvio a data fissa ha origine dal caso prospettato alla Corte Costituzionale con l'ordinanza di rimessione del 14 febbraio 2018 della Corte d'Assise di Milano, nella quale è sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., norma incriminatrice dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio.

Nel caso di specie, infatti, la Corte d'Assise di Milano ritiene che l'art. 580 c.p. sia costituzionalmente illegittimo nella parte in cui sanziona le condotte di aiuto al suicidio

al pari delle condotte di istigazione, e dunque non ponendo in risalto l'elemento che differenzia tali condotte, ossia la formazione della volontà.

Nelle condotte di aiuto al suicidio, infatti, il soggetto responsabile della condotta medesima non influisce sulla volontà del soggetto suicida, già formatasi autonomamente, nelle condotte di istigazione è invece necessario, al fine della configurabilità della fattispecie, che la condotta del soggetto agente abbia influito, rafforzando o determinando, il proposito suicida.

Per tale motivo, nell'ordinanza di rimessione si richiede la decriminalizzazione delle condotte di aiuto al suicidio e, in alternativa, che tali condotte non siano sanzionate con i medesimi indici edittali delle condotte di istigazione al suicidio.

Sebbene le due richieste appena citate non siano esplicitamente l'una subordinata all'altra dal giudice a quo, l'alternatività dei due quesiti si deduce dal contenuto degli stessi, in quanto il primo esplica una richiesta di eliminazione dall'ambito del penalmente rilevante delle condotte di aiuto al suicidio, in ragione della mancata incidenza delle stesse sul proposito suicida, il secondo, invece, qualora le decriminalizzazione integrale della fattispecie di aiuto al suicidio non sia ammissibile, si riferisce ad i limiti edittali della sanzione, richiedendo dunque un giudizio di dosimetria sanzionatoria.

Il giudice rimettente, affermando che le condotte di aiuto al suicidio sono punite a prescindere dal loro effetto sul processo deliberativo del malato, lamenta la violazione degli artt. 2, 32, 13 e 117 Cost., e degli artt. 2 e 8 CEDU.

È necessario, al fine di comprendere la portata della questione costituzionale in esame, richiamare brevemente il fatto da cui la medesima questione ha avuto origine.

Infatti, la Corte d'Assise di Milano solleva la questione dinnanzi alla Corte Costituzionale in relazione alla vicenda di M.C., imputato dinnanzi al giudice a quo per le condotte di istigazione ed aiuto al suicidio, in seguito all'accompagnamento da quest'ultimo offerto a F.A., affetto da tetraplegia e non autonomo nelle funzioni vitali, il quale si è sottoposto in Svizzera ad eutanasia.

Tuttavia, il giudice a quo esclude che l'ausilio materiale offerto da M.C. a F.A. possa configurare un'ipotesi di istigazione al suicidio, in quanto il proposito del malato si era già formato autonomamente, come questo ultimo aveva più volte ribadito.

La Corte di Cassazione, chiamata in precedenza ad esprimersi sulla natura delle condotte qualificabili di aiuto al suicidio⁴¹, afferma che tali condotte comprendano un'ampia sfera di comportamenti, sino al semplice aiuto materiale, inteso come condizione affinché il suicidio possa avvenire, e che le stesse condotte siano sanzionabili a prescindere dalla loro incidenza sul proposito suicida.

Alla luce di ciò, il giudice a quo ritiene la sanzione incostituzionale in rapporto agli artt. 2 Cost. e 2 CEDU, in quanto questi ultimi valorizzano la centralità dell'individuo e delle relative libertà, e non più la vita del singolo in un'ottica stato-centrica di servizio e collaborazione alla comunità.

Tuttavia, la Corte Costituzionale non ritiene pertinente il richiamo ai due articoli sopracitati, in quanto questi garantiscono il diritto alla vita, e quest'ultimo non comprende implicitamente il diritto dell'individuo a darsi la morte, come evidenziato anche dalla Corte EDU⁴².

Analoga considerazione di non pertinenza è espressa dalla Corte Costituzionale in relazione al parametro dell'art. 8 CEDU, in quanto quest'ultimo sancisce il diritto al rispetto della vita privata dei singoli senza ingerenza della pubblica autorità, salvo che quest'ultima sia volta alla prevenzione o al contrasto di reati o alla salvaguardia della sicurezza pubblica.

Nel caso di specie, come evidenziato dalla Consulta, non è possibile ritenere di per sé inoffensiva la condotta di aiuto al suicidio, che dunque non ricade nell'alveo applicativo dell'art. 8 CEDU, poiché l'art. 580 c.p., del quale in prima istanza la Corte d'Assise chiede la depenalizzazione generale in relazione all'ipotesi di aiuto al suicidio, è posto a tutela dell'interesse e della salvaguardia dei malati, considerati soggetti vulnerabili in conseguenza della situazione di sofferenza psicofisica cui la malattia li sottopone.

La considerazione della Corte Costituzionale sull'irrilevanza del parametro dell'art. 8 CEDU rispetto alla questione di costituzionalità prospettata si pone in linea rispetto a quanto la giurisprudenza della stessa Corte EDU⁴³ ha sottolineato in precedenza, non potendosi ritenere penalmente irrilevante la condotta di aiuto al

⁴¹ Sent. n. 3147/1998, Corte di Cassazione, sezione prima penale

⁴² Sent. 24/04/2002 Corte EDU

⁴³ Sent. 29 aprile 2002 Corte EDU, caso Pretty contro Regno Unito; nello stesso orientamento v. caso Koch contro Germania, sent. 19 luglio 2012 Corte EDU

suicidio per il solo fatto di non aver inciso sulla determinazione del proposito suicida; porre fine alla propria esistenza è un diritto che può dirsi ricompreso nell'art. 8 CEDU, tuttavia la tutela di questo diritto negli ordinamenti nazionali può essere inibita dalla legge interna come conseguenza dell'offensività attribuita dagli ordinamenti alle condotte che configurano ipotesi di aiuto al suicidio.

Giova in questa sede, in ragione della stretta connessione con il tema in trattazione, ricordare le eccezioni poste dal Presidente del Consiglio dei Ministri rappresentato dall'avvocatura dello Stato rispetto alla questione di costituzionalità sollevata dalla Corte d'Assise di Milano.

L'avvocatura dello Stato eccepisce infatti preliminarmente l'inammissibilità della questione per difetto di interpretazione conforme e, successivamente, l'infondatezza nel merito della questione, sostenendo che la Corte d'Assise abbia chiesto una pronuncia di tipo manipolativo in materia coperta da riserva di legge e in assenza di soluzioni a rime obbligate.

Quanto alla prima eccezione, la Corte Costituzionale nell'ord. n. 207/2018 ne stabilisce l'infondatezza, in quanto la premessa della Corte d'Assise poggia correttamente sul dato normativo dell'art. 580 c.p., del quale è lamentata l'incostituzionalità: se infatti il giudice rimettente avesse interpretato, come l'avvocatura dello Stato eccepiva, la norma incriminatrice dell'aiuto al suicidio come operante nei soli casi in cui tale condotta contribuisce alla formazione o al rafforzamento della volontà suicida, si sarebbe trattato di interpretatio abrogans, preclusa al giudice rimettente, essendo la decisione spettante al legislatore, a fortiori in quanto norma in materia penale.

L'eccezione dell'avvocatura dello Stato implicherebbe infatti un'interpretazione abrogatrice e non semplicemente restrittiva ma pur sempre rientrante in ciò che il dato normativo consente di concludere sotto il profilo ermeneutico, inoltre, l'obbligo di interpretazione conforme viene meno specificamente in casi come l'ipotesi in esame, ossia qualora dal tenore letterale della norma sia evidente l'impossibilità di interpretare la stessa in senso conforme alla Costituzione.

Dunque, la Corte Costituzionale ritiene corretta l'impostazione del giudice a quo, che solleva la questione proprio in relazione all'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella

parte in cui questo sanziona anche le condotte di aiuto al suicidio che non hanno contribuito al rafforzamento del proposito del soggetto malato di darsi la morte.

Quanto alla seconda eccezione posta dall'avvocatura dello Stato, la Corte Costituzionale ritiene infondata la considerazione circa lo sconfinamento nella discrezionalità legislativa, in quanto non risulta dall'ordinanza di rimessione la richiesta di un intervento di tipo riformativo, bensì, in prima istanza, di carattere ablativo della disposizione di legge relativamente all'incriminazione delle condotte di aiuto al suicidio.

Inoltre, richiamando le considerazioni precedenti, si evidenzia come il caso in esame ben si presti a rappresentare un nuovo orientamento della Corte Costituzionale che, al fine di garantire tutela immediata ai diritti fondamentali in gioco, abbandona il tradizionale filone dell'esclusione in materia penale delle pronunce a carattere manipolativo, così come quello dell'invalidità del limite delle rime obbligate, contemperando invece l'esigenza di rispetto della discrezionalità legislativa con le esigenze di tutela sottese al sollevamento della questione di costituzionalità.

Proprio in quest'ottica di contemperamento si colloca l'ordinanza in esame⁴⁴, la quale sviluppa la tecnica del rinvio a data fissa in ragione della necessità di lasciare al legislatore la scelta di bilanciamento per la tutela delle condotte e delle condizioni per le quali non operi la sanzione prevista dall'art. 580 c.p., e tuttavia rammentando la necessità di evitare la permanenza del vulnus di incostituzionalità all'interno dell'ordinamento, in quanto, considerati i delicati e peculiari valori in gioco, ne deriverebbe un pregiudizio intollerabile della tutela dei diritti.

Per tale motivo, analizzati i termini della questione e riscontrato che l'ipotesi di aiuto al suicidio in esame non sarebbe potuta essere neppure immaginabile all'epoca della redazione dell'art. 580 c.p., in ragione dello sviluppo scientifico e tecnologico, la Corte Costituzionale detta i criteri sulla cui base ravvisare un'eventuale vulnus degli artt. 2,3, 13 e 32 Cost. conseguente all'applicazione dell'art. 580 c.p., non limitandosi ad una pronuncia di inammissibilità con monito, la quale avrebbe certamente lasciato al legislatore maggior discrezionalità sulla portata riformativa della norma in esame, e tuttavia avrebbe importato il rischio, considerata la prolungata inerzia del legislatore nella prassi in relazione a tali pronunce, di vedere i diritti fondamentali in gioco, quali

⁴⁴ Ord. n. 207/2018 Corte Cost.

la tutela del malato da un lato e l'autodeterminazione dall'altro, eccessivamente compromessi e sprovvisti di una disciplina unitaria per un lasso di tempo eccessivamente lungo, quale quello intercorrente tra una pronuncia di inammissibilità con monito ed il risollevarlo della questione da parte di altro giudice, per altro quest'ultimo solo eventuale.

La Corte Costituzionale, dunque, giunge, al fine di far fronte alla necessità di tutela immediata delle peculiari situazioni in precedenza regolate dalla norma parzialmente incostituzionale, a delineare i criteri guida affinché si possa qualificare una condotta di aiuto al suicidio come inoffensiva.

Giova in questa sede ricordare come la Consulta delinea i suddetti criteri in quanto, seppure oltre i limiti delle rime obbligate, in assenza nel caso di specie di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, gli stessi sono individuati sulla base di elementi oggettivi e ricavati dal raffronto con la legge italiana già vigente disciplinante i trattamenti di fine vita, ossia la l. n. 219/2017.

La Corte Costituzionale infatti nell'ordinanza n. 207/2018, così come confermato successivamente nella sent. n. 242/2019, ribadisce che la sanzione penale per la condotta al suicidio, presente in numerosi ordinamenti contemporanei, è finalizzata alla tutela del malato, in quanto soggetto vulnerabile, e che dunque non è accoglibile la tesi del giudice rimettente circa la depenalizzazione indistinta della condotta di aiuto al suicidio, in quanto, se così avvenisse, l'interesse del malato non sarebbe tutelato in alcun modo.

Tuttavia, la Consulta riconosce che la norma oggetto di giudizio di costituzionalità non risponde adeguatamente agli sviluppi intervenuti in campo medico e scientifico, ed è dunque finalizzata alla tutela di situazioni tendenzialmente diverse da quella prospettata nel giudizio a quo.

Inoltre, il richiamo dell'ordinanza di remissione alla l. n. 219/2017, ben si presta secondo la Consulta ad identificare le condizioni in forza delle quali al malato sia consentito darsi la morte, e per le quali dunque non possa definirsi penalmente rilevante la condotta di aiuto al suicidio.

In particolare, la l. n. 219/2017 in materia di consenso informato, stabilisce la libertà del paziente di negare il consenso a trattamenti sanitari anche qualora questi

ultimi siano di sostegno vitale, affiancando tale possibilità alla facoltà di avvalersi di terapie palliative, purchè il soggetto sia capace di intendere e di volere.

Tale legge, posta a tutela della vita e della salute e al contempo ex art. 1 della stessa sul rapporto di fiducia intercorrente tra medico e paziente, consente dunque al malato di rifiutare il trattamento sanitario anche qualora questo sia necessario alla vita, e tuttavia non consente al medico curante di prospettare al paziente trattamenti sanitari che ne determinino la morte.

La Corte Costituzionale in tema di vulnerabilità e di capacità del malato, sostiene che, pur essendo un paziente terminale considerabile quale soggetto vulnerabile per via delle sofferenze cui è sottoposto, questi è considerato dall'ordinamento capace di intendere e di volere, come conferma la suddetta legge, tale da poter prestare il proprio consenso all'interruzione del trattamento di sostegno vitale e dunque, tale capacità deve considerarsi estesa all'eventuale scelta di ricorrere al suicidio assistito.

A tali condizioni dunque, il divieto di aiuto al suicidio e l'impossibilità di ricorrere al suicidio assistito giungono a violare gli artt. 2, 13 e. 32 Cost., privando il paziente, il quale potrebbe altresì decidere di interrompere i trattamenti sanitari vitali, della possibilità di avvalersi di un'opzione implicante le medesime conseguenze in tempi più brevi, assicurando dunque una minor sofferenza.

La Corte Costituzionale, ravvisando quanto appena detto, considera necessario un intervento del legislatore affinché sia data alla materia una disciplina legale completa, in quanto una pronuncia di incostituzionalità della sanzione penale per l'aiuto al suicidio limitatamente alle ipotesi in cui sarebbe possibile ricorrere all'interruzione del trattamento sanitario di sostegno vitale non sarebbe sufficiente a garantire un'adeguata tutela delle singole situazioni concrete e legittimerebbe qualunque soggetto a porre in essere condotte di aiuto al suicidio senza che vi sia un controllo preventivo sulla capacità di intendere e di volere del malato o l'irreversibilità della patologia da cui lo stesso è affetto.

In ragione dei delicati profili appena indicati, la Consulta afferma la necessità di un intervento del legislatore, ciò al fine di non valicare il confine della discrezionalità legislativa, che dovrebbe essere il Parlamento ad esercitare nella determinazione della regolamentazione dell'aiuto al suicidio, considerando la possibilità, come la Corte stessa suggerisce, di fornire una disciplina organica integrata nella l. 219/2017 e,

soprattutto, nell'individuazione della tipologia dei controlli preventivi da attuare per qualificare la condotta di aiuto al suicidio come penalmente rilevante o irrilevante nel caso concreto.

Inoltre, la Corte Costituzionale considera il legislatore competente a dare regolamentazione a situazioni pregresse nelle quali, anche con modalità o condizioni diverse da quelle stabilite dalla l. n. 219/2017, si siano configurati i presupposti per la non punibilità della condotta dell'aiuto al suicidio.

La Corte Costituzionale, dunque, pur fornendo nell'ordinanza in esame le linee guida di riferimento per una successiva attività legislativa, indicando la legge da cui trarre la disciplina, riconosce e non valica il limite della discrezionalità legislativa, limitandosi a segnalare le problematiche per cui l'intervento legislativo risulta necessario, quale la successione di norme penali nel tempo ed il principio del favor rei, che senza una modifica organica della disciplina non troverebbero applicazione per i casi pregressi.

2. *La tecnica* decisoria del rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018: profili tecnici

Nell'ordinanza 207/2018 la Corte Costituzionale non adotta quindi alcuna decisione, neppure provvisoria data la natura di ordinanza, di tipo manipolativo o di dosimetria sanzionatoria, limitandosi ad esprimere la propria impossibilità, nel rispetto del principio di legalità, di farsi carico delle questioni insorgenti da una pronuncia nella delicata materia in questione.

Tuttavia, la Consulta ritiene di non poter trattare la questione con una semplice pronuncia di inammissibilità con monito, in considerazione della complessità e delicatezza del tema in esame e, specialmente, dell'inerzia del legislatore riscontrata in precedenza riguardo la medesima questione.

Per tale motivo la corte costituzionale ha afferma di avvalersi dei propri poteri di gestione del processo costituzionale e trattiene a sé la decisione rinviando la trattazione della questione alla data fissata dalla stessa per una nuova udienza, momento processuale in cui avviene la valutazione di un eventuale intervento legislativo nel frattempo verificatosi, come la Consulta sollecita.

Tale nuova tecnica utilizzata dalla Corte consente, dunque, di non oltrepassare i limiti del legislativa virgola in quanto viene assegnato al legislatore un termine massimo entro cui provvedere esercitando la propria discrezionalità a disciplinare in modo organico la materia virgola e al contempo viene preservata la tutela delle situazioni contingenti, cui si applicherebbe la norma incostituzionale, non consentendo, Come invece accadrebbe con una pronuncia di inammissibilità con monito, cje il vulnus di incostituzionalità si ampli applicando nuovamente ai casi futuri, sino all'intervento del legislatore auspicato, la norma incostituzionale.

In ragione della necessità di tutelare i diritti fondamentali ed i delicati interessi costituzionali in gioco, la la Corte costituzionale sospende dunque il giudizio a quo sino alla data fissata per la nuova udienza e, per quanto concerne gli eventuali altri casi analoghi che si potrebbero presentare in tale lasso di tempo, spetterà al giudice del caso concreto valutare se la questione sia manifestamente infondata ed in caso contrario sospendere il giudizio sino alle successive determinazioni del legislatore o della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale si avvale della nuova tecnica decisoria appena citata in quanto utilizzare una pronuncia di inammissibilità con monito avrebbe comportato un'incertezza di diritto e di An e quantum sanzionatori oltre la soglia di tollerabilità, infatti, la pronuncia di inammissibilità non rende possibile tutelare le situazioni contingenti e future, ed in questo caso i malati vulnerabili, sino all'intervento del legislatore che, come in precedenza ravvisato, di rado fa seguito ai moniti della Corte costituzionale, o sino ad una successiva riproposizione della medesima questione in un altro giudizio a quo, per altro solo eventuale.

Per i medesimi motivi di intollerabilità In un ambito comprendente interessi individuali e diritti fondamentali così delicati, del Permanere del vulnus di incostituzionalità, La Corte costituzionale non utilizza nel caso in esame una pronuncia additiva di principio, in quanto con essa, sino all'eventuale intervento legislativo successivo, sarebbe onere dei giudici a quo risolvere il caso concreto applicando il principio espresso dalla Consulta nell'ordinanza 207/2018 e, dunque, si incorrerebbe in alto rischio di interpretazioni e risoluzioni differenti, da giudice a giudice, di questioni analoghe a quella in esame, che potrebbero essere in seguito uniformate soltanto dall'intervento del legislatore, il quale tuttavia, non è intervenuto

a riformare la materia nonostante i frequenti moniti della Corte Costituzionale antecedenti l'ordinanza di rimessione della Corte d'Assise di Milano.

Dunque, se l'inammissibilità con monito non può essere utilizzata nel caso di specie poiché non è sufficiente a sanare il vulnus e a fornire tutela alle situazioni concrete in tempi ragionevoli in relazione ai diritti fondamentali in questione, la pronuncia additiva di principio, pur fornendo una tutela più immediata alle situazioni giuridiche soggettive grazie all'intervento dei singoli giudici sulla base dei principi espressi dalla Corte Costituzionale, non garantisce un adeguato livello di certezza del diritto e la necessaria parità di trattamento di situazioni analoghe, in quanto anche in tale ipotesi sarebbe fondamentale l'intervento legislativo al fine di uniformare la disciplina delle condotte di aiuto al suicidio e dei casi di non punibilità ad esse relativi, e l'esortazione rivolta al legislatore da parte della Consulta, sia mediante una pronuncia di inammissibilità con monito sia mediante un'additiva di principio, ha riscontrato nella maggior parte dei casi il protrarsi dell'inerzia legislativa sine die.

Per tale motivo, la Corte Costituzionale adotta la nuova tecnica del rinvio a data fissa, ideata in via pretoria in occasione della medesima ordinanza, consente di mantenere i limiti della discrezionalità legislativa e al contempo di fornire adeguata garanzia agli interessi costituzionali coinvolti nel caso concreto.

Tale garanzia non consiste nella modifica del testo normativo definito incostituzionale, in quanto un intervento manipolativo diretto valicherebbe i limiti della discrezionalità legislativa, essendo di competenza del legislatore stabilire i criteri di controllo delle circostanze in cui l'aiuto al suicidio risulta non penalmente rilevante e disciplinare le situazioni analoghe pregresse, bensì nella paralisi del giudizio a quo e dei giudizi vertenti sulla medesima questione qualora questa non risulti manifestamente infondata, sino all'udienza fissata per la nuova trattazione della causa davanti alla Corte Costituzionale, momento a partire dal quale subentra la disciplina legislativa intervenuta o, in ipotesi di inerzia del legislatore, la regolamentazione adottata dalla Consulta sulla base di criteri rinvenibili nell'ordinamento.

Sebbene la sospensione del processo comporti un costo in termini di tempo di risoluzione delle controversie presso i giudici a quo, tale paralisi temporanea del processo a quo e del giudizio costituzionale è necessaria al fine di non ampliare il vulnus di incostituzionalità già presente nel sistema, per tale motivo la Consulta,

nell'adottare la nuova tecnica decisoria, opera un bilanciamento non solo tra i valori costituzionali in gioco per contemperarli una soluzione costituzionalmente accettabile che vada a sostituire la norma incostituzionale, bensì per prima cosa valutando la necessità di sospendere i processi a fronte del rischio che siano adottate successivamente altre decisioni sulla base della norma incostituzionale.

Per la stessa ragione, ossia quale frutto di un corretto bilanciamento degli interessi costituzionali, la Corte Costituzionale, pur rispettando la discrezionalità legislativa non risolvendo in prima istanza la questione di legittimità costituzionale con una pronuncia di tipo manipolativo, non lascia tuttavia al legislatore la possibilità di provvedere a sanare il vulnus senza alcun termine, in quanto una simile scelta, garantista al massimo livello del principio di legalità e della discrezionalità legislativa, non consentirebbe di attuare un controllo di costituzionalità effettivo sulla questione contingente e sulle analoghe vicende successive.

Se infatti la Corte Costituzionale avesse optato per una pronuncia additiva di principio o di inammissibilità con monito, lasciando l'intera questione alla discrezionalità legislativa, non sarebbe stato possibile garantire l'attuazione dei principi e dei bilanciamenti espressi dalla Consulta nell'ordinanza in esame, rischio ancor più concreto alla luce della complessità e del lungo lasso temporale occorrente alla produzione legislativa, il quale si sarebbe protratto ancor più a lungo considerando l'inerzia del legislatore a fronte dei moniti della Corte Costituzionale o ai principi costituzionali espressi nelle stanze additive di principio.

Inoltre, i diritti fondamentali coinvolti nella vicenda oggetto di questione di legittimità costituzionale sarebbero stati compromessi, a prescindere dall'epilogo di un eventuale intervento legislativo successivo, se non ci fosse stato un intervento in materia in tempi ragionevoli, in quanto l'incostituzionalità della norma in esame non può essere considerata tollerabile a lungo all'interno dell'ordinamento alla luce della sanzione penale inflitta anche nelle ipotesi di aiuto al suicidio in condizioni che consentono l'interruzione del trattamento ex l. 217/2019 e dell'impossibilità per il paziente che si trovi in tali condizioni di valutare tra le opzioni possibili anche ciò che sarebbe consentito in seguito alla modifica dell'art. 580 c.p.⁴⁵

⁴⁵ M. D'Amico, "Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici", 2 e ss

Tuttavia, è stato criticato alla Corte Costituzionale di aver sconfinato nelle competenze del legislatore attribuendo a quest'ultimo il compito di disciplinare i criteri e le situazioni pregresse ed al contempo trattenendo presso di sé la decisione in ultima istanza, di modo da attuare una modifica all'art. 580 c.p. in assenza di un intervento legislativo entro il termine stabilito per la seconda udienza.

Sebbene la Corte Costituzionale abbia fissato un termine al legislatore per l'esercizio della discrezionalità, non è possibile ravvisare nella tecnica decisoria in esame uno sconfinamento nella competenza legislativa, bensì appare corretto parlare di poteri di gestione del processo della Consulta, in quanto la discrezionalità legislativa ed il principio di legalità sono rispettati lasciando al legislatore di disciplinare la materia.

È necessario precisare in questa sede che la Corte Costituzionale, al fine di garantire il rispetto della Costituzione e la tutela dei diritti fondamentali, adotta nel caso di specie un'interpretazione elastica del principio di legalità, non sostituendosi al legislatore bensì lasciando a questo di regolare la materia entro il termine fissato.

Tale interpretazione elastica consente alla Corte Costituzionale di svolgere il proprio ruolo di organo di chiusura dell'ordinamento e non appare contraria all'art. 28 l. n. 87/1953, il quale stabilisce il dovere della Corte di astenersi nel giudizio di costituzionalità da ogni valutazione di natura politica o sull'esercizio della discrezionalità legislativa, in quanto la Consulta interviene a garanzia del rispetto della Costituzione soltanto in un momento successivo rispetto al protrarsi dell'inerzia legislativa.

Inoltre, se nel caso di specie la Corte Costituzionale avesse adottato un'interpretazione rigida del principio di legalità e, conseguentemente, tutelato il solo rispetto della discrezionalità legislativa rigettando la questione o dichiarando l'incostituzionalità totale della norma, si sarebbe prodotta con una pronuncia di inammissibilità con monito una situazione di stallo nell'ordinamento con conseguente permanenza all'interno dello stesso del vulnus di incostituzionalità, ed in conseguenza di una pronuncia di incostituzionalità totale una lacuna implicante una completa assenza di tutela in materia, insostenibile considerati gli interessi connessi alla materia in esame.

A sostegno della tesi per cui la tecnica decisoria utilizzata dalla Corte Costituzionale risulta pienamente accettabile e finalizzata alla tutela dei diritti fondamentali e degli interessi costituzionali, indirizzo nel quale la Consulta si inserisce sempre più frequentemente proprio a partire dal caso in esame, giova in questa sede evidenziare le similitudini intercorrenti tra la tecnica di inammissibilità con monito al legislatore, pienamente accettata, e il rinvio a data fissa.

Entrambe le tecniche decisorie, infatti, consentono alla Corte Costituzionale di individuare il vulnus di incostituzionalità e tuttavia di non procedere, qualora questo risulti maggiormente dannoso a seguito del bilanciamento di interessi operato dai giudici della Consulta, ad un'immediata declaratoria di incostituzionalità totale della norma oggetto di giudizio costituzionale.

Inoltre, entrambe le tecniche ben si prestano ad essere utilizzate quando la materia cui appartiene la norma incostituzionale sia coperta dalla discrezionalità legislativa, e vi sia dunque la necessità di rispettare i limiti di quest'ultima, ovvero qualora non risulti sufficiente una modifica di tipo manipolativo alla singola norma, essendo invece necessaria una rivisitazione dell'intera disciplina, e dunque non sia possibile per la Corte Costituzionale rimuovere l'incostituzionalità presente mediante l'utilizzo di un'unica pronuncia.

Per concludere la comparazione tra la tecnica decisoria dell'inammissibilità con monito e la tecnica del rinvio a data fissa, è necessario ricordare che queste portano al medesimo risultato in relazione alla possibilità di intervento della Corte Costituzionale: sia l'inammissibilità con monito seguita dalla riproposizione della questione sia il rinvio a data fissa, infatti, comportano in caso di perdurata inerzia del legislatore un intervento della Consulta, sia esso di incostituzionalità totale o, come più di frequente accade, di tipo manipolativo sostitutivo e una riforma della norma, salva in entrambi i casi la possibilità per il legislatore di intervenire anche successivamente alla sentenza al fine di modificare la norma così come risultante a seguito dell'intervento manipolativo o l'intera materia.

Ciò che differenzia il rinvio a data fissa rispetto all'inammissibilità con monito al legislatore è l'effettività della tecnica, e di conseguenza la tempistica in cui viene garantito il ripristino della costituzionalità all'interno dell'ordinamento, in quanto apponendo un termine all'esercizio della discrezionalità legislativa, alla scadenza del

quale è la Corte Costituzionale a sanare il vulnus di incostituzionalità in caso di mancato intervento del legislatore, si evita il permanere della norma incostituzionale all'interno del sistema e si scongiura l'ulteriore lesione dei diritti tutelati mediante il divieto di applicare la norma in oggetto sino alla rimozione dell'incostituzionalità.

La tecnica del rinvio a data fissa dispiega la propria efficacia nel caso in esame allo scadere del termine fissato per la seconda udienza di trattazione della causa⁴⁶: infatti, nonostante l'avviso della Corte Costituzionale al legislatore di provvedere alla modifica della disciplina in materia di aiuto al suicidio entro tale data, il silenzio legislativo determina l'intervento della Consulta a modificare la norma incostituzionale.

In particolare, la Corte Costituzionale nella sent. n. 242/2019 conferma le conclusioni già tratte nell'ordinanza n. 2017/2018 circa il considerando in diritto, non ravvisando nell'art. 580 c.p. e nella penalizzazione della condotta di aiuto al suicidio un contrasto con gli artt. 2 e 8 CEDU, in quanto per la stessa Corte di Strasburgo il diritto all'aiuto al suicidio, contemplato nell'art. 8 CEDU, può trovare un limite nella legislazione nazionale qualora questa sia a tutela di altri beni giuridici e, dunque, la condotta di aiuto al suicidio non può essere considerata di per sé inoffensiva poiché incidente sulla tutela della persona del malato, considerato soggetto vulnerabile.

Nella sentenza in esame la Corte Costituzionale conferma inoltre l'incostituzionalità ravvisata nell'ordinanza circa la punibilità delle condotte al suicidio nelle medesime circostanze che giustificano, secondo la l. n. 219/2017, l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale.

Tuttavia, a differenza di quanto stabilito nell'ordinanza 207/2018, alla luce del protrarsi dell'inerzia legislativa, quale ultima fase della tecnica di rinvio a data fissa la Corte Costituzionale determina, richiamando la L. 219/2017, le condizioni al verificarsi delle quali la condotta di aiuto al suicidio non rientra nella sfera del penalmente rilevante.

In particolare, la Corte Costituzionale dichiara incostituzionale l'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità del soggetto che facilita l'altrui proposito già determinatosi di porre fine alla propria esistenza, con le modalità prescritte dagli artt. 1 e 2 l. 2017/2019 e, per i fatti ad essa antecedenti, con modalità equivalenti, purchè

⁴⁶ Sent. n. 242/2019

l'aiuto al suicidio sia prestato ad un soggetto tenuto in vita da trattamenti sanitari di sostegno vitale, affetto da patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche e psicologiche ritenute intollerabili dal soggetto stesso, il quale deve essere ritenuto capace di intendere e di volere.

La Consulta specifica inoltre le modalità di verifica delle suddette condizioni, attribuendo alle strutture sanitarie nazionali di controllare l'esistenza di tali condizioni ed al comitato etico territoriale il compito di esprimere parere sui singoli casi concreti prima che si proceda al suicidio assistito.

Tale epilogo consente di apprezzare solo parzialmente le potenzialità della nuova tecnica decisoria creata dalla Corte Costituzionale, poiché sebbene la finalità principale della Consulta in qualità di organo di chiusura dell'ordinamento, ossia la tutela dei diritti fondamentali ed il corretto bilanciamento dei principi costituzionali di autodeterminazione e tutela del soggetto vulnerabile, può dirsi raggiunta, resta ancora inesplorata la via di collaborazione tra Corte Costituzionale e legislatore.

Infatti, altra finalità della tecnica del rinvio a data fissa, è sollecitare il legislatore a cooperare con la Corte Costituzionale, instaurando un dialogo sulle questioni oggetto di giudizio di costituzionalità e al contempo rientranti nella sfera di intervento discrezionale del Parlamento.

La fissazione di un termine per l'intervento legislativo risponde, infatti, anche al tentativo di ricerca del predetto dialogo, tuttavia sinora privo di una risposta positiva da parte del legislatore, e tale finalità appare chiara dal richiamo effettuato dalla Corte Costituzionale anche in seguito del proprio intervento manipolativo sulla disciplina dell'aiuto al suicidio, nella medesima sentenza, auspicando che la materia sia interamente ridisciplinata dal legislatore sulla base dei principi individuati dalla Consulta nel caso in esame.

Sebbene, come sopra anticipato, la tecnica del rinvio a data fissa sia stata criticata in quanto ritenuta adatta alla risoluzione del solo caso concreto e non inseribile nei modelli decisori della Corte Costituzionale⁴⁷, si ravvisa come invece il rinvio a data fissa possa definirsi quale soluzione di contemperamento delle necessità del caso in esame con la più generale finalità di ripristino della costituzionalità dell'art. 580 c.p.,

⁴⁷ G. Serges, "e se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?" In *Costituzionalismo*, fasc. 2/2019

il quale, incriminando ogni condotta di aiuto al suicidio, non poteva essere conciliato con la l. 219/2017 sul testamento biologico.

Inoltre, pur se la corte costituzionale opera in motivazione e riferimenti al caso concreto in esame, la tecnica del rinvio a data fissa è utilizzata a garanzia della questione ha portata generale, infatti, la consulta ritiene di non poter procedere ad una declaratoria totale di incostituzionalità al fine di tutelare i soggetti fragili coinvolti nell'ambito della norma incostituzionale.

Per tale ragione, la Corte Costituzionale non adotta neppure una pronuncia di inammissibilità con monito, volendo evitare che la norma incostituzionale resti in vigore.

La tecnica del rinvio a data fissa, invero, non è stata utilizzata dalla Corte Costituzionale per la prima volta nel caso in esame, e tuttavia dall'ord. 207/2018 assume nuovo valore.

Infatti, la Consulta utilizza il rinvio a data fissa per la prima volta, ed unica sino all'ordinanza in esame, nell'ord. 1040/1988, la quale è tuttavia riferita ad un giudizio in via principale dinnanzi alla Corte Costituzionale.⁴⁸

In particolare, l'ord. 1040/1988 si inserisce in un conflitto di attribuzione tra enti relativo al provvedimento del presidente di una Giunta regionale sulle operazioni di referendum.

In tale caso, la Corte Costituzionale emana un'ordinanza cautelare atta a sospendere il referendum affinché quest'ultimo non pregiudichi la decisione di merito, rinviando la trattazione delle questioni sui referendum successivi ad altra data, purchè non sia entro tale data intervenuta la decisione di merito.

La tecnica del rinvio a data fissa è utilizzata nell'ord. 1040/1988, dunque, con finalità prettamente cautelare e la Corte Costituzionale si avvale dei propri poteri di gestione del processo al fine di sospendere il medesimo, in quanto una decisione di merito relativa al primo referendum in questione sarebbe stata condizionata dall'esito

⁴⁸ Guido Rivosecchi, "Osservazioni sull'ord. 207/2018 e sul possibile seguito: una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto", intervento al seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, Dopo l'ordinanza 207/2018: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale?), Bologna, 27 maggio 2019

del referendum stesso, mentre ciò non si sarebbe verificato in ordine alle questioni successive, eventualmente risolvibili con la stessa prima decisione di merito.

Il rinvio dell'esame della richiesta di sospensione dei referendum successivi ad una data successiva consente alla stessa Corte Costituzionale di provvedere previamente alla questione più urgente e di dilazionare il proprio intervento relativamente alle questioni successive, così da valutare l'impatto della decisione di merito relativa alla prima questione urgente, a tale eventualmente intervenuta, sulla rilevanza e sulla decisione della questione rinviata.

Si può dunque parlare, in tale caso, di un rinvio a data fissa con finalità di gestione interna del processo costituzionale, in quanto la Consulta rinvia temporalmente la decisione in funzione di un proprio intervento.

Nell'ord. 207/2018, invece, è evidente come non possa ravvisarvi nell'utilizzo della tecnica del rinvio a data fissa la medesima ratio cautelare ed interna all'analisi delle questioni da parte della Corte Costituzionale, in quanto la trattazione della causa viene rinviata ad una data entro la quale è prospettato un eventuale intervento non della Consulta stessa, bensì del legislatore.

In particolare, ciò che la Corte Costituzionale tenta di ottenere con il rinvio a data fissa nel caso in esame non è una risposta ad una situazione di urgenza sanabile nell'immediatezza, bensì un dialogo con il legislatore, temporalmente ristretto dal rinvio dell'udienza di esame della causa affinché non vengano pregiudicati i delicati interessi in gioco.

Dunque, con la tecnica del rinvio a data fissa la Corte Costituzionale non restringe entro limiti temporali e finiti l'esercizio della discrezionalità legislativa per sostituirsi a quest'ultima, bensì per svolgere il proprio ruolo di garante della costituzionalità e, più specificatamente, per evitare che la tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili sia ulteriormente pregiudicata dal perpetuarsi dell'applicazione della norma incostituzionale, come avverrebbe con una pronuncia di inammissibilità con monito, o svuotata di ogni garanzia e disciplina con una pronuncia di incostituzionalità totale, che la Consulta ritarda mediante la tecnica del rinvio a data fissa per garantire la sostituzione della regolamentazione incostituzionale con altra disciplina.

Tale disciplina, nell'ottica della Corte Costituzionale che adotta la tecnica del rinvio a data fissa, avrebbe dovuto essere introdotta da parte del legislatore entro il

termine fissato per l'udienza successiva dinnanzi alla Consulta, sulla base dei principi indicati dalla Corte Costituzionale nell'ord. 207/2018.

Tuttavia, non essendosi verificato ciò, la Corte Costituzionale con la decisione di merito dichiara incostituzionale l'art. 580 c.p., nella parte in cui questo contrasta con quanto previsto dalla l. 219/2017 circa la possibilità del malato di interrompere il sostegno vitale.

La decisione adottata dalla Corte Costituzionale in seguito all'utilizzo della tecnica del rinvio a data fissa dunque, pur non avendo portato nel caso in esame all'epilogo di dialogo con il legislatore auspicato dalla Consulta, rileva anche relativamente ad un profilo interno alla stessa.

Infatti, la Corte Costituzionale, nel lasso temporale intercorso tra l'ordinanza di rinvio di trattazione della causa e l'udienza fissata, produce una soluzione, adottata nella decisione di merito, garantista dal punto di vista della tutela delle situazioni delicate ingenerate non solo dal caso concreto, bensì in generale in relazione alla disciplina incostituzionale, non utilizzando una pronuncia di accoglimento meramente caducatoria, bensì indicando nella l. 219/2017 il parametro⁴⁹ cui fare riferimento per la corretta applicazione della sanzione delle condotte di aiuto al suicidio, dovendo essere considerate dai giudici a quibus penalmente irrilevanti quelle rispondenti alle condizioni fissate dalla suddetta legge per l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, indicando inoltre i soggetti responsabili di un preventivo controllo di verifica dell'esistenza delle suddette condizioni.

3. *Legittimazione della tecnica del rinvio a data fissa dal punto di vista comparatistico*

Come ricordato appena sopra, la tecnica del rinvio a data fissa è stata utilizzata dalla Corte Costituzionale non soltanto nell'ord. 207/2018, bensì anche nell'ord. 1044/1988.

⁴⁹ F. Lazzeri, "la Corte Costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio medicalizzato. La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)", in "il caso Cappato", 191 e ss

Tuttavia, sebbene la tecnica del rinvio a data fissa sia identica nei due casi sotto il profilo tecnico e di funzionamento, risponde nel secondo caso a finalità differenti, emergendo la necessità non cautelare d'urgenza, bensì di dialogo con il legislatore allo scopo di fornire tutela effettiva ai diritti in esame.

Nell'ordinamento italiano il caso in esame rappresenta un unico dal punto di vista della modalità utilizzata dalla Corte Costituzionale per adempiere al proprio ruolo di garante del rispetto della Costituzione, richiamando i poteri di gestione del processo costituzionale e trattenendo presso di sé la questione in esame anche nel momento di competenza esclusiva del legislatore ad esercitare la propria discrezionalità.

Sebbene a livello nazionale tale tecnica non sia mai stata utilizzata in precedenza per le finalità appena richiamate, la Corte Costituzionale nell'ord. 207/2018 richiama nel considerando in diritto l'utilizzo della medesima tecnica da parte della Corte Suprema Canadese nella pronuncia 6/02/2015⁵⁰ e da parte della Corte Suprema del Regno Unito nella sent. 25/06/2014⁵¹.

Quanto al caso canadese, questo si rivela analogo al caso italiano in esame non soltanto sotto il profilo della tecnica utilizzata dalle due Corti, bensì anche sotto il profilo del considerando in fatto, riferendosi la vicenda canadese ad una disposizione di diritto penale interno a sanzione della condotta di aiuto al suicidio.

In particolare, la Suprema Corte Canadese si trova a decidere dell'illegittimità della norma penale che vieta la condotta di assistenza medica al suicidio di soggetto capace di intendere e di volere che abbia prestato il proprio consenso e si trovi in una situazione di patologia irreversibile comportante sofferenze persistenti e intollerabili.

In tale caso, la Corte canadese, facendo anch'essa leva sui propri poteri di gestione del processo, sospende il giudizio per dodici mesi, reputando tale lasso temporale idoneo per consentire al legislatore di produrre una disciplina organica in materia.

Dunque, il fine della Corte suprema canadese coincide con quello della Corte Costituzionale italiana, volendo evitare che una pronuncia di incostituzionalità comporti un'assenza di regolamentazione in una materia tanto delicata dal punto di vista dei diritti e delle tutele di soggetti da un lato considerati vulnerabili, e di qui la necessità di evitare che un vuoto normativo generi abusi nell'attuazione di condotte di

⁵⁰ Suprema Corte Canadese, sent. 6/02/2015

⁵¹ Suprema Corte del Regno Unito, sent. 25/06/2014

aiuto al suicidio, e da altro lato capaci di autodeterminarsi, e dunque necessitanti di tutela dal piuttosto di vista del diritto a porre fine alla propria esistenza nel modo ad essi più congeniale e non soltanto con la sospensione degli ausili medici vitali.

Quanto al caso verificatosi in Regno Unito, si ravvisa la medesima volontà della Corte Suprema inglese, coincidente con quella della Consulta italiana, di non sconfinare con la propria decisione nell'ambito assegnato al parlamento nell'esercizio della propria discrezionalità legislativa.

Infatti, nel caso in esame la Corte Suprema, sempre in materia di depenalizzazione delle condotte di assistenza al suicidio, ritiene di non potersi pronunciare sulla contrarietà all'art. 8 CEDU del divieto di prestare assistenza medica nella realizzazione del proposito suicida elaborato da un soggetto in condizioni gravi ed irreversibili e tuttavia capace di intendere e di volere, prima che il parlamento abbia avuto la possibilità di risolvere l'illegittimità della sanzione penale mediante una modifica legislativa.

In particolare, la Corte suprema del Regno Unito sottolinea la difficoltà della questione relativa alla depenalizzazione delle condotte di aiuto al suicidio, essendo questa non soltanto controversa sotto il profilo di stretto diritto, bensì soprattutto eticamente sensibile, e sostiene dunque la necessità della Corte di procedere con cautela, tenendo presente la doverosità di una collaborazione con il legislatore, che dovrebbe a sua volta procedere ad una regolamentazione puntuale della materia non soltanto sotto il profilo penalistico, che consenta di trovare corrispondenza tra i criteri fissati ed i casi concreti nei quali tali criteri devono essere verificati.

L'approccio simile adottato dalle Corti supreme Canadese ed Inglese e dalla Corte Costituzionale italiana consente, dunque, ancor meglio di sostenere che la finalità di una pronuncia complessa ed innovativa come il rinvio a data fissa non possa rinvenirsi in un travalico dei limiti imposti dalla discrezionalità legislativa all'attività delle Corti di chiusura dei vari ordinamenti nazionali, ed anzi vada identificata proprio in un tentativo di dialogo e collaborazione proficui con il potere legislativo.

Dalla motivazione delle tre decisioni di rinvio della trattazione delle rispettive cause appena analizzate emerge infatti come le Corti, considerate la delicatezza e la peculiarità della materia in esame, rinvergono nel dialogo con il legislatore e

nell'intervento complessivo di quest'ultimo a riforma della disciplina del suicidio medica l'ente assistito, un prerequisite rispetto al proprio intervento.

In particolare, le Corti considerano il proprio intervento non eventuale, bensì obbligatorio nel caso in cui non sia il legislatore stesso con la nuova normativa ad abrogare, esplicitamente o implicitamente per incompatibilità della precedente normativa con la nuova disciplina completa data alla materia, la norma penale incostituzionale.

Tuttavia, è reputato necessario dai vari ordinamenti non solo e non necessariamente un intervento legislativo di abrogazione della disciplina vigente, bensì una produzione normativa di rapida attuazione che possa sopperire al vuoto di tutela delle concrete situazioni controverse in materia dato dalla dichiarazione di illegittimità della norma incriminatrice.

Per tale motivo, le Corti non solo non interferiscono nell'ambito d'esercizio della discrezionalità legislativa, bensì al contrario ne incentivano l'attività, sollecitando un dialogo che, sulla base dei principi richiamati dai supremi giudici nelle rispettive pronunce, porti ad una riforma sostanziale della materia.⁵²

Sebbene l'esercizio della discrezionalità legislativa possa dirsi rispettato dalle Corti dal punto di vista dall'astensione rispetto ad un proprio intervento in materia antecedentemente rispetto alle valutazioni del legislatore, a suscitare dubbi è il rispetto da parte delle Corti della sfera di competenza del parlamento in relazione all'andamento dell'esercizio della propria discrezionalità.

Tanto nell'ordinamento italiano quanto negli ordinamenti canadese ed inglese infatti, spetta al legislatore di scegliere non soltanto in che modo esercitare la propria discrezionalità, e dunque come procedere a normare le materie, bensì anche di decidere in quali casi esercitare la propria discrezionalità emanando le norme ed in quali altri casi esercitare la propria discrezionalità astenendosi dal disciplinare talune fattispecie o ambiti della vita umana sul piano del diritto.

Assegnando al legislatore un termine entro cui provvedere alla modifica della disciplina relativa all'aiuto al suicidio le Corti escludono a priori che, in ipotesi di

⁵² A. Ridolfi, "Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali, e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra corti", in Rivista AIC 2016, n. 3, 18/07/2016, 5

pronuncia di incostituzionalità totale, l'aiuto al suicidio possa non essere regolato all'interno dell'ordinamento.

In tale modo, l'an sull'esercizio della discrezionalità legislativa non è lasciato al legislatore, che resta competente sul quomodo, ossia sulle modalità di regolamentazione della materia.

Ci si chiede dunque se la fissazione di un termine entro cui provvedere alla modifica della disciplina dell'aiuto al suicidio non possa ritenersi quale violazione della discrezionalità legislativa a monte, in quanto imposizione dell'esercizio della produzione normativa.

A ben vedere tuttavia, sebbene le Corti fissando i suddetti limiti temporali incorraggino la collaborazione con il legislatore, non è possibile ravvisare nella tecnica del rinvio a data fissa un'imposizione al legislatore in relazione all'esercizio della propria discrezionalità.

Infatti, il termine di fissazione dell'udienza di trattazione della causa non costringe il legislatore a provvedere, ed è bensì finalizzato a raggiungere una decisione definitiva che tenga conto di ogni possibile evoluzione della situazione normativa data da un possibile intervento legislativo.

Qualora tale intervento legislativo, come nel caso italiano, non venga realizzato, la Corte raggiunge comunque una decisione di merito, indispensabile al fine di non consentire la permanenza all'interno dell'ordinamento di una norma incostituzionale, e pone le eventuali basi affinché la disciplina di interessi meritevoli di tutela non sia, a seguito dell'incostituzionalità, totalmente assente e sprovvista di garanzie, cui il legislatore potrà apporre le proprie modifiche anche successivamente, non implicando il rinvio a data fissa l'impossibilità di una modificazione successiva delle fattispecie in esame.

Tuttavia, la tecnica del rinvio a data fissa appare preferibile dalle diverse Corti rispetto ad una pronuncia diretta e caducatoria di incostituzionalità, in quanto consente se non altro di comunicare con il legislatore evidenziando la problematica dell'incostituzionalità e la necessità di una disciplina in linea con gli sviluppi etici, scientifici e tecnologici, garantendo così al legislatore stesso, qualora concorde sulla necessità di un proprio intervento, il rispettivo primato sulla risoluzione della questione

mediante modifica normativa ed il rispetto dei limiti della discrezionalità legislativa da parte delle Corti.

La tecnica del rinvio a data fissa si muove dunque in un'ottica garantista sotto molteplici profili: in primis vi è una garanzia di rispetto della costituzionalità e di attuazione dei principi ordinamentali, non consentendo il permanere della norma incostituzionale nel sistema, in secundis ben si presta ad essere individuata la garanzia principale fornita dall'organo di chiusura degli ordinamenti nazionali, ossia l'effettività della tutela dei diritti costituzionalmente previsti, cui la Corte Costituzionale da attuazione nella sent. 242/2019 determinando i criteri di non punibilità della condotta di aiuto al suicidio, ed infine una garanzia per il legislatore di rispetto del proprio ruolo da parte delle Corti, che si astengono dal risolvere la questione finché il potere legislativo non abbia sciolto l'alternativa tra esercizio o non esercizio della propria facoltà di legiferare in materia⁵³.

4. *La sentenza 242/2019: semplice pronuncia di accoglimento o giudizio di dosimetria sanzionatoria?*

Alla luce di quanto sinora analizzato, ci si chiede se la sent. n. 242/2019, visti i criteri dettati dalla Corte Costituzionale in materia di depenalizzazione dell'aiuto al suicidio e il collegamento con la l. 219/2017, possa inquadrarsi nel novero delle pronunce di accoglimento della questione, secondo l'originario modello accoglimento-rigetto, o se si presti piuttosto ad essere ricondotta nella sfera dei giudizi di dosimetria sanzionatoria.

In particolare, elemento fondamentale nei giudizi di dosimetria sanzionatoria è la presenza di un *tertium comparationis*, inteso come grandezza già rinvenibile nell'ordinamento che ben si presti ad essere applicata al caso in esame, sostituendosi alla sanzione prevista dalla norma dichiarata incostituzionale.

Nella sent. 242/2019 non è possibile rinvenire un *tertium comparationis* inteso nella visione tradizionale, in quanto la l. 219/2017 non si occupa della materia

⁵³ A. Ridolfi, "Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali, e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra corti", in *Rivista AIC* 2016, n. 3, 18/07/2016, 4 e ss.

penalistica, e non è possibile rinvenire in essa una disciplina applicabile alle condotte di aiuto al suicidio.

Tuttavia, la Corte Costituzionale determina sulla base della suddetta legge i presupposti da cui far dipendere la depenalizzazione delle condotte considerate non più penalmente rilevanti.

In particolare, sebbene non vi sia nella l. 219/2017 una misura direttamente applicabile ai casi di aiuto al suicidio, la Corte Costituzionale rinviene nella medesima le condizioni per le quali un soggetto può porre fine a trattamenti medici anche di sostegno vitale, e, dunque, evidenzia l'incongruenza tra la legittimazione di tale possibilità e il divieto, penalmente rilevante, di agevolare alle medesime condizioni il proposito di chi voglia porre fine alla propria vita con modalità differenti dall'interruzione dei trattamenti sanitari.

Prima che un giudizio di dosimetria sanzionatoria, dunque, la Corte Costituzionale effettua un giudizio di ragionevolezza della scelta legislativa in relazione alle prescrizioni della l. 207/2019, ritenendo irragionevole non ricomprendere in tale regolamentazione anche il suicidio medicalmente assistito.⁵⁴

Nella visione tradizionale del giudizio di dosimetria sanzionatoria non solo, come sopra accennato, vi è la necessità di rinvenire un *tertium comparationis* che consenta di rinvenire una soluzione all'interno dell'ordinamento, bensì è necessario anche che vi sia una parificazione in *mitius* del trattamento penale previsto dalla norma incostituzionale con quanto previsto dalla disposizione individuata.

Nel caso di specie, non si tratta propriamente di una parificazione in *mitius*, trattandosi nella l. 207/2019 e nell'art. 580 c.p. di condotte differenti e non essendo ravvisabile nell'adozione dei criteri basati sulla disciplina della suddetta legge una soluzione a rime obbligate, tuttavia, la pronuncia adottata dalla Corte Costituzionale giunge al medesimo risultato di una pronuncia di dosimetria sanzionatoria, in quanto attua una riduzione della sfera del penalmente rilevante attraverso la depenalizzazione delle condotte di aiuto al suicidio in condizioni equiparabili a quelle dettate dalla l. 207/2019 sull'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale.

⁵⁴ Guido Rivosecchi, "Osservazioni sull'ord. 207/2018 e sul possibile seguito: una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto", intervento al seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, Dopo l'ordinanza 207/2018: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale?), Bologna, 27 maggio 2019

Il giudizio di ragionevolezza condotto dalla Corte Costituzionale sulle disposizioni della legge in esame inerenti all'interruzione dei trattamenti sanitari di sostegno vitale, dunque, risulta il primo passaggio necessario affinché possa rinvenirsi nell'ordinamento una soluzione adeguata anche alle ipotesi di aiuto al suicidio.

In particolare, la Corte Costituzionale ritiene irragionevole la scelta del legislatore di concedere, in presenza di una patologia grave e irreversibile, fonte di sofferenze intollerabili per il paziente, il quale risulta però in grado di intendere e di volere, la possibilità di interrompere qualsiasi trattamento sanitario, anche se di sostegno vitale, ed al contempo di vietare il ricorso al suicidio assistito, negando la possibilità di assunzione di un farmaco letale.⁵⁵

Sebbene nelle condotte sopra citate infatti muti soltanto la modalità di porre fine alla vita del soggetto malato, questi non è nella possibilità di scegliere la modalità che ritiene migliore per sé, in quanto impossibilitato dal suddetto divieto a ricorrere al suicidio assistito.

Tale giudizio di ragionevolezza consente di individuare nella l. 207/2019 una possibile apertura alla regolamentazione del suicidio assistito, e dunque ad una depenalizzazione delle condotte di aiuto al suicidio che siano poste in essere alle medesime condizioni previste dalla norma per l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale.

A far propendere per una riconduzione della sent. 242/2019 nell'alveo delle pronunce di dosimetria sanzionatoria, inoltre, è, come ricordato dalla Consulta stessa nella sentenza in esame, l'obsolescenza dell'art. 580 c.p., redatto in un'epoca distante dall'attuale sviluppo medico, scientifico e tecnologico.⁵⁶

In particolare, si ricorda come i giudizi di dosimetria sanzionatoria vertano, nella maggioranza dei casi, su norme penali obsolete, ed in quanto tali non rispondenti alla tutela di beni considerati nell'attualità come meritevoli, ma rilevanti sotto il profilo tanto etico quanto di diritto nel momento in cui il legislatore storico aveva redatto la norma.

Nel caso in esame non può dirsi che la tutela dei soggetti vulnerabili e del bene della vita non siano più considerabili interessi meritevoli di tutela e dunque protetti da

⁵⁵ Considerando in dritto n. 2.3 sent. 242/2019

⁵⁶ Considerando in diritto n. 2.3 sent. 242/2019

dorme del sistema penale, e dunque non è mutato il disvalore attribuito a condotte che si pongano in contrasto con i suddetti interessi.

Tuttavia, ad essere mutato è il quadro scientifico e medico, in quanto, considerando le tecniche scientifiche e sanitarie al momento della redazione dell'art. 580 c.p., al legislatore dell'epoca non poteva risultare neppure prospettabile una situazione quale quella del caso in esame.

Dunque, benché non vi sia un mutamento in ordine alla necessità di tutela del bene protetto, il mutamento scientifico induce a ritenere che il legislatore intendesse con l'art. 580 c.p. sanzionare condotte e situazioni decisamente differenti rispetto a quelle ad oggi in esame, non potendo ad oggi essere affermata con certezza la rilevanza penale delle condotte di aiuto al suicidio rispondenti ai parametri richiamati in sentenza.⁵⁷

Pur trattandosi di una norma obsoleta ed essendo possibile rinvenire nella l. 207/2019, a seguito di giudizio di ragionevolezza, un *tertium comparationis*, ciò che non rientra nel tipico schema dei giudizi di dosimetria sanzionatoria è l'assenza del limite delle rime obbligate, e dunque di un'unica soluzione praticabile all'incostituzionalità della norma penale.

In particolare, secondo la visione tradizionale l'assenza delle rime obbligate determinerebbe la necessità di procedere con una declaratoria di incostituzionalità totale o con una pronuncia di inammissibilità, eventualmente corredata dal monito al legislatore, in quanto una soluzione scelta dalla Corte Costituzionale tra più opzioni egualmente legittime ed adattabili alla norma oggetto di giudizio di costituzionalità determinerebbe, in materia penale, una compromissione della sfera di competenza del legislatore, in quanto unico soggetto, ex art. 25 co.2 Cost., individuato quale competente a determinare la legge penale.

Tuttavia, accogliendo la suddetta prospettiva ed adottando i rigidi requisiti del *tertium comparationis* e delle rime obbligate, vi è il rischio che siano dichiarate infondate questioni per le quali invece è necessario, a fronte dell'incostituzionalità ravvisata, procedere con un giudizio di dosimetria sanzionatoria anziché con una

⁵⁷ 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

declaratoria di incostituzionalità totale, al fine di non creare lacune nella disciplina penale.

In ragione di ciò, talvolta sono sembrati mutati dinnanzi alla Corte Costituzionale i presupposti di accoglimento della questione e i requisiti affinché quest'ultima possa effettuare un giudizio di dosimetria sanzionatoria.

In particolare, si intende ripercorrere rapidamente le pronunce n. 236/2016 e 222/2018, al fine di comprendere se, alla luce dei nuovi profili che contraddistinguono tali sentenze di dosimetria sanzionatoria, anche la sent. 242/2019 possa ascriversi tra tali giudizi.

Nella sent. 236/2016⁵⁸ in materia di alterazione dello stato civile del neonato, in particolare, si riscontra l'assenza del *tertium comparationis*, in quanto si sollecita la revisione della norma non in ragione del confronto con fattispecie affini aventi un trattamento sanzionatorio di minore entità, bensì in ragione di una sproporzione interna tra la condotta incriminata e la sanzione prevista.

Nella pronuncia in esame, dunque, la Corte Costituzionale effettua una valutazione sulla logica *ex se* della scelta legislativa mediante l'utilizzo non del *tertium comparationis* a parametro, bensì il criterio della ragionevolezza, ritenendo irragionevole intrinsecamente la sanzione attribuita dal legislatore in relazione alla condotta.

Dunque, nella sent. 236/2016 la Corte Costituzionale effettua anzitutto una valutazione sulla ragionevolezza per sproporzione e successivamente individua il *tertium comparationis*, utilizzando quest'ultimo non quale unica soluzione a rime obbligate che consenta di valutare la sproporzione della disposizione incostituzionale, bensì soltanto allo scopo di individuare il trattamento sanzionatorio sostitutivo, affinché non si produca una lacuna all'interno dell'ordinamento.⁵⁹

La Corte Costituzionale nella pronuncia in esame precisa infatti⁶⁰ che, pur trattando un giudizio di ragionevolezza intrinseca della norma penale, e dunque incentrato sul rispetto del principio di proporzionalità, è necessario individuare

⁵⁸ Sent. n. 236/2016 Corte Cost., considerando in diritto

⁵⁹ Roberto Bartoli, "la Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? Prospettabile una terza via", in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2019

⁶⁰ Sent. 236/2016, considerando in diritto n. 4.4

all'interno dell'ordinamento precisi punti di riferimento mediante i quali condurre la valutazione sul trattamento sanzionatorio.

Tale necessità della presenza di un *tertium comparationis* anche in un giudizio di ragionevolezza intrinseca si spiega alla luce della finalità per cui la Corte Costituzionale interviene in materia penale con una pronuncia di dosimetria sanzionatoria, non essendo questa finalizzata a limitare la discrezionalità legislativa o a modificare le scelte del legislatore, bensì a riportare tali scelte alla coerenza, eliminando le incongruenze presenti all'interno delle disposizioni di legge, che se permanenti nell'ordinamento non consentirebbero la piena attuazione del principio di proporzionalità, corollario, al pari della riserva di legge, del fondamentale principio di legalità.

Dunque, nella pronuncia in esame il *tertium comparationis*, assente in sede di valutazione circa l'illegittimità dell'art. 567 co.2 c.p., viene individuato nel momento attuativo del giudizio di dosimetria sanzionatoria quale garanzia del rispetto della discrezionalità legislativa, fungendo da parametro conduttore della valutazione della Corte Costituzionale affinché questa non risulti una scelta discrezionale, bensì una modifica alla disposizione di legge che vede nel *tertium comparationis* un preciso punto di riferimento.

Parimenti a quanto appena esposto, anche nella sent. 242/2019 non è possibile ravvisare un *tertium comparationis* inteso quale unica soluzione a rime obbligate che guidi la Consulta tanto nella sostituzione del trattamento sanzionatorio quanto nella previa individuazione della sproporzione dello stesso, in quanto anche in tale sede il primo giudizio effettuato dalla Corte Costituzionale risulta essere una valutazione sulla ragionevolezza.

Tuttavia, tale giudizio di ragionevolezza non si arresta all'art. 580 c.p., estendendosi alla l. 217/2019, la quale funge da *tertium comparationis* nella sent. 242/2019 nel momento di individuazione delle condotte oggetto di depenalizzazione.

La suddetta legge, dunque, è oggetto di un previo giudizio di ragionevolezza finalizzato a comprendere se la stessa possa prestarsi a fungere da *tertium*

comparationis nel caso in esame al fine di rimuovere l'incoerenza riscontrata tra quanto previsto dalla medesima e quanto stabilito dall'art. 580 c.p.⁶¹

All'esito favorevole di tale valutazione, la Corte Costituzionale assume la l. 219/2017 a parametro per individuare le condizioni per le quali la condotta di aiuto al suicidio non risulta penalmente rilevante.

A differenza di quanto analizzato nella sent. 236/2016, nella sent. 242/2019 non è possibile attuare un completo confronto tra la legge di riferimento e la norma incostituzionale, e tuttavia la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. è collegata alla l. 219/2017, che, ritenendo lecite condotte affini a quella sanzionata dall'art. 580 c.p., ne indicano mediatamente la sproporzione.

Inoltre, nella sent. 242/2019 non è possibile ravvisare sin dall'inizio una richiesta del giudice a quo od una volontà della Corte Costituzionale di porre in essere un giudizio di dosimetria sanzionatoria, che tuttavia, a fronte dell'inerzia del legislatore a seguito dell'ord. 207/2018, si prospetta come unica soluzione possibile, in quanto permettente al contempo di eliminare l'incongruenza e di evitare il formarsi di una lacuna nella disciplina in un ambito delicato tanto dal punto di vista etico quanto dal punto di vista di diritto.

In ragione della delicatezza della questione e della necessità di non sostituirsi al legislatore, in quanto sebbene quest'ultimo sia rimasto inerte comportando l'intervento modificativo della Corte Costituzionale, questa non può sconfinare rispetto alla propria competenza, e dunque non può compiere scelte discrezionali in materia penale com'è invece consentito al legislatore, la Consulta pone la l. 217/2019 quale punto di riferimento alla luce del quale compiere non tanto una valutazione di sproporzione della sanzione prevista dall'art. 580 c.p., quanto piuttosto una scelta su come sanare l'incongruenza ravvisata in relazione ad uno stretto numero di ipotesi disciplinate dall'art. 580 c.p., ovvero relativamente alle condotte che risultano invece, alle medesime condizioni, lecite ex l. 219/2017.

⁶¹ Guido Rivosecchi, "Osservazioni sull'ord. 207/2018 e sul possibile seguito: una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto", intervento al seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, Dopo l'ordinanza 207/2018: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale?), Bologna, 27 maggio 2019

In entrambe le pronunce, dunque, si ravvisa come il *tertium comparationis* non sia utilizzato dalla Corte Costituzionale al fine di individuare il vizio di sproporzione della norma oggetto di giudizio di incostituzionalità, in quanto questa risulta intrinsecamente tale dalla valutazione attuata sulla base del criterio della ragionevolezza delle scelte legislative, bensì quale fonte di una soluzione alternativa che consenta alla Consulta di individuare delle linee guida, delle rime obbligate non in quanto unica soluzione, e dunque non stringenti come risulta dalla visione tradizionale, bensì in quanto parametro che garantisce il permanere della Corte Costituzionale all'interno dei confini delle proprie competenze, evitando che sia compiuta in materia penale una scelta discrezionale ed apponendo il parametro a giustificazione della sostituzione effettuata per il trattamento sanzionatorio.⁶²

Quanto alla seconda pronuncia in precedenza richiamata, ovvero alla sent. n. 222/2018⁶³ sull'incostituzionalità della durata fissa della pena accessoria per bancarotta fraudolenta, anche in tale caso nel giudizio di dosimetria sanzionatoria la Corte Costituzionale prosegue nell'apertura iniziata con la sent. 236/2016, modificando i limiti edittali non in quanto sproporzionati rispetto al trattamento sanzionatorio di fattispecie affini, bensì in ragione dell'irragionevolezza intrinseca della norma oggetto di giudizio di incostituzionalità.

Si ricorda che secondo l'approccio tradizionale è necessario che vi sia un'unica alternativa rinvenibile quale parametro all'interno dell'ordinamento affinché la Corte Costituzionale possa, mediante il giudizio di dosimetria, parificare il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie, ciò implica che, sempre secondo tale visione tradizionale, qualora vi siano più *tertium comparationis* ugualmente adattabili alla norma in esame, ovvero qualora possa ritenersi pienamente legittima un'alternativa diversa dal *tertium comparationis* individuato, non è possibile procedere nel giudizio di dosimetria sanzionatoria, in quanto in assenza di un'unica soluzione a rime obbligate la Consulta valicherebbe con la propria decisione i limiti della discrezionalità legislativa sostituendosi al legislatore in una scelta che, non essendo obbligata, risulta, per l'appunto, discrezionale.

⁶² Roberto Bartoli, "la Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? Prospettabile una terza via", in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2019

⁶³ Sent. n. 222/2018 Corte Cost.

Nel motivare la propria decisione la Corte Costituzionale concretizza la predetta apertura verso un utilizzo più ampio dei giudizi di dosimetria sanzionatoria⁶⁴, precisando che, affinché la Consulta possa sanare l'incoerenza presente nella disposizione di legge modificando il trattamento sanzionatorio da essa previsto, è necessario che siano presenti nell'ordinamento precisi punti di riferimento e soluzioni costituzionalmente legittime, ancorché non a rime obbligate.

In tal modo, dalla sent. 222/2018 non è più possibile individuare nell'esistenza di un'unica soluzione a rime obbligate da sostituire alla norma costituzionalmente illegittima un requisito fondamentale affinché la Corte Costituzionale possa decidere la questione mediante un giudizio di dosimetria sanzionatoria, essendo invece sufficiente che la scelta della Consulta sia comunque guidata dal parametro individuato, sebbene questo non sia l'unico rinvenibile nell'ordinamento.

Dunque, la Corte Costituzionale nella suddetta pronuncia afferma di poter scegliere tra plurime soluzioni, purchè queste siano tutte costituzionalmente legittime ed equivalenti, e che tale superamento delle rime obbligate si giustifica in ragione della necessità di fornire una soluzione immediata al vulnus di incostituzionalità della norma penale.⁶⁵

In questa sede ben si presta ad essere individuato un legame tra quanto stabilito dalla Corte Costituzionale nella sent. 222/2018 e la decisione n. 242/2019, in quanto l'intervento della Consulta in tale secondo caso appare giustificabile in ragione dell'apertura affermata dalla stessa nella sent. 222/2018.

In particolare, nella sent. 242/2019 la Corte Costituzionale giunge a risolvere la questione utilizzando i criteri forniti dalla l. 219/2017 sebbene da questi non potesse risultare una soluzione a rime obbligate, al fine di evitare il permanere del vulnus di incostituzionalità od il formarsi di una lacuna a discapito della tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili riconducibili all'art. 580 c.p.

Per tale motivo, nonostante dall'ord. 207/2018 la questione non si fosse prospettata quale giudizio di dosimetria sanzionatoria, in quanto, mediante l'utilizzo della tecnica del rinvio a data fissa, la Consulta aveva lasciato al legislatore il compito di riformare la materia nell'esercizio della propria discrezionalità, appare ragionevole ravvisare

⁶⁴ Sent. n. 222/2018 Corte Cost., considerando in diritto n. 8.1

⁶⁵ Roberto Bartoli, "la Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? Prospettabile una terza via", in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2019

nella soluzione adottata dalla Corte Costituzionale nella sent. 242/2019 un giudizio di dosimetria sanzionatoria.

Tale accostamento appare ragionevole in quanto, come detto sopra, nella sent. 242/2019 non solo è rinvenibile nella l. 219/2017 un *tertium comparationis* a seguito del vaglio di ragionevolezza della Consulta, bensì è anche determinato il motivo per il quale l'art. 580 c.p. necessita di modifiche, ossia in quanto tale disposizione di legge, considerandone l'obsolescenza, non può essere ritenuta idonea a comprendere le eventualità del caso, venutesi a creare con il progresso medico e scientifico.⁶⁶

Inoltre, a seguito della sent. 222/2018 è possibile far rientrare la pronuncia 242/2019 nell'alveo dei giudizi di dosimetria sanzionatoria nonostante la l. 219/2017 non fosse l'unico parametro in grado di fornire una soluzione costituzionalmente accettabile, in quanto da tale pronuncia di apertura la Corte Costituzionale afferma la propria legittimazione ad utilizzare la dosimetria, quale garanzia di pronta soluzione al *vulnus* di incostituzionalità e di attuazione dei principi costituzionali, anche qualora per la risoluzione dell'incongruenza si prospettino molteplici alternative, ferma la possibilità per il legislatore di individuare successivamente una diversa disciplina, purchè costituzionalmente legittima.

Il giudizio di dosimetria sanzionatoria, dunque, è rinvenibile anche nella sent. 242/2019 nel momento successivo all'inerzia del legislatore, poiché il *tertium comparationis* è presente e si identifica con il parametro fornito dalla l. 219/2017, consentendo così l'unica via di dosimetria sanzionatoria, ossia il giudizio per *relationem*, non intendendo però il confronto tra la norma ed il *tertium comparationis* come produttivo tanto dell'individuazione della sproporzione quanto della sola soluzione possibile, bensì come semplice linea guida atta a giustificare le determinazioni della Corte Costituzionale.

Nelle pronunce appena analizzate, ed ancor più nella sent. 242/2019, le soluzioni cui è giunta la Corte Costituzionale sulla modifica delle norme penali in esame sono state criticate in quanto ritenute espressione di una discrezionalità che, per definizione, appartiene al legislatore e non alla Consulta⁶⁷.

⁶⁶ A. Ridolfi, "un nuovo tipo di pronuncia: la via italiana all'*unvereinbarerklärung*? Osservazioni su Corte Costituzionale, ord. 207/2018 e sent. 242/2019", in *Nomos*, fasc. 3/2019, 5 e ss

⁶⁷ Erik Furono, "il caso Cappato ovvero dell'attivismo giudiziale", *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 1/2020, 28 Gennaio 2020

In particolare, la critica è stata rivolta, dalla sent 222/2018 in poi relativamente alle pronunce di dosimetria sanzionatoria, alla discrezionalità esercitata dalla Corte Costituzionale nella scelta del *tertium comparationis* da utilizzare tra varie alternative equivalenti, sostenendo che si possa procedere al giudizio di dosimetria sanzionatoria soltanto qualora in presenza di più alternative, una volta valutato il *petitum* ed il caso concreto, si giunga ad individuarne un'unica possibile, in caso contrario, secondo tale tesi, bisognerebbe procedere con una pronuncia di inammissibilità⁶⁸.

Tuttavia, tale aspetto non denota una scelta sostitutiva della discrezionalità legislativa, in quanto la Corte Costituzionale sceglie il punto di riferimento su cui basare la propria valutazione di dosimetria sanzionatoria tra più alternative già presenti all'interno dell'ordinamento ed utilizzate dal legislatore per disciplinare fattispecie affini a quella oggetto di giudizio di costituzionalità, inoltre, la possibilità di scelta si basa sulla circostanza che le possibili alternative siano equivalenti, e dunque portino ad una soluzione non solo legittima, bensì equivalente in termini di rimozione dell'incoerenza presente.

Inoltre, sebbene la Corte Costituzionale effettui una scelta tra plurime alternative per modificare il trattamento sanzionatorio della fattispecie, ciò non preclude un successivo esercizio della discrezionalità legislativa, potendo il legislatore intervenire modificando la disciplina stabilita dalla Consulta con alternative costituzionalmente legittime, ed invece una pronuncia di inammissibilità in presenza di più soluzioni parimenti adattabili al caso concreto condurrebbe, come accennato in precedenza, alla permanenza del *vulnus* nel sistema, non potendo garantire il pieno rispetto del principio di proporzionalità.

Dunque, se non è ravvisabile una sostituzione del legislatore da parte della Corte Costituzionale, tuttavia è possibile sottolineare come quest'ultima eserciti una propria discrezionalità non nel momento della comparazione tra la disposizione incostituzionale ed il parametro, bensì nella valutazione del bene giuridico tutelato e dell'offensività della condotta.⁶⁹

⁶⁸ Roberto Bartoli, "la Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? Prospettabile una terza via", in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2019

⁶⁹ Roberto Bartoli, "la Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? Prospettabile una terza via", in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2019

Infatti, è nell'individuazione e nell'utilizzo del criterio per stabilire se l'offensività di una determinata condotta sia effettivamente minore, o se il bene giuridico dia meritevole di tutela mediante norma penale, e dunque debba prevedersi un diverso trattamento sanzionatorio, ciò che consente di affiancare la disposizione oggetto di giudizio di incostituzionalità e il *tertium comparationis*, sia quest'ultimo individuato a rime obbligate o tra molteplici alternative.

Tuttavia, tale comparazione circa il grado di offensività è presente nei soli giudizi di dosimetria sanzionatoria quantitativi e non invece nei giudizi di proporzione sull'an, ovvero i giudizi in cui la Corte Costituzionale valuta la ragionevolezza della ricomprensione di una determinata condotta all'interno della fattispecie criminosa, e tra questi ultimi è possibile inquadrare il giudizio effettuato dalla Corte Costituzionale nella sent. 242/2019.

Dunque, in presenza di un *tertium comparationis* definito a rime obbligate vi è una maggiore discrezionalità della Corte Costituzionale nella valutazione dell'offensività della condotta e nella scelta del criterio, cui il *tertium comparationis* coinciderà, mentre in presenza di un'alternativa tra più *tertium comparationis* la discrezionalità si riscontra nella scelta tra le diverse alternative e, di conseguenza, si ravvisa della decisione adottata dalla Consulta⁷⁰.

Ciò che determina la non totalità dell'accostamento della sent. 242/2019 ad un giudizio di dosimetria sanzionatoria è il fatto che *tertium comparationis* non sia un'altra norma penale disciplinante casi affini, bensì una legge che, a determinate condizioni, legittima condotte che la Corte Costituzionale ritiene, mediante giudizio di ragionevolezza, affini a parte delle condotte sanzionate dall'art. 580 c.p. e che, in ragione di ciò, vengono espunte dalla sfera del penalmente rilevante.

Sia che nella sent. 242/2019 si ravvisi un giudizio di dosimetria sanzionatoria, sia che in essa si ravvisi un accoglimento parziale, la critica rivolta alla Corte Costituzionale nel caso in esame verte sul travalico del limite della discrezionalità legislativa, dovuto secondo tale tesi dalla decisione manipolativa adottata e dal fatto che la Consulta, pur assegnando un termine al legislatore entro cui provvedere, abbia trattenuto di fatto a sé la decisione finale sin dall'ord. 207/2018.

⁷⁰ Roberto Bartoli, "la Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? Prospettabile una terza via", in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2019

Sebbene effettivamente la Corte Costituzionale con la tecnica pretoria del rinvio a data fissa trattenga presso di sé la decisione, questa adotta tale procedimento, o meglio, si avvale dei poteri di gestione del processo costituzionale⁷¹, al fine di salvaguardare i diritti coinvolti nel caso concreto e negli eventuali casi analoghi, poiché se la Consulta si fosse limitata ad assegnare al legislatore il termine per provvedere e non avesse anche trattenuto presso di sé la decisione, in ipotesi di inerzia del parlamento, poi verificatasi, il vulnus di incostituzionalità sarebbe rimasto all'interno dell'ordinamento sino ad un'eventuale riproposizione della questione.

A sostegno di tale motivazione, giova in questa sede ricordare che la tecnica del rinvio a data fissa, così come le altre tecniche create in via pretoria dalla Corte Costituzionale, ha lo scopo di non rinunciare alla funzione di garanzia costituzionale, che non sarebbe attuata con una pronuncia di inammissibilità con monito o con una declaratoria di incostituzionalità, in quanto quest'ultima, pur rimuovendo il vulnus di incostituzionalità, genera nell'ordinamento un vuoto di tutela.

Le nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale, discostandosi di molto dall'originario modello accoglimento-rigetto, necessitano di essere poste in relazione all'art. 28 l. 87/1953, che limita il sindacato costituzionale.⁷²

In particolare, l'art. 28 l. 87/1953 non pone il problema del confine tra attività della Corte Costituzionale e discrezionalità legislativa, poiché le nuove tecniche manipolative e di dosimetria sanzionatoria sono successive a tale legge, e tuttavia, interpretando l'articolo in esame si coglie come esso non ponga precisi limiti al sindacato di costituzionalità, ma piuttosto vieti alla Consulta di valutare la legge nel merito.⁷³

A fronte di ciò, giova ricordare inoltre che le pronunce monitorie ed additive di principio rappresentano un tentativo di incremento della tutela dei principi costituzionali, funzione centrale della Corte Costituzionale, senza con ciò invadere la discrezionalità legislativa, in quanto tali tecniche si basano sull'auspicio nella

⁷¹ Ord n. 207/2018

⁷² Erik Furono, "il caso Cappato ovvero dell'attivismo giudiziale", Osservatorio Costituzionale, fasc. 1/2020, 28 Gennaio 2020

⁷³ Gruppo di Pisa, Andrea Giubilei, "i confini mobili della funzione giurisdizionale della Corte Costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi", 19 settembre 2019

collaborazione del legislatore, sebbene quest'ultimo non sia coercibile da parte della Consulta nel suo onere di provvedere.

Tale incoercibilità si denota in particolare nella sent. 242/2019 e nella relativa ordinanza 207/2018, ove la Corte Costituzionale, data la delicatezza del caso, tenta mediante l'utilizzo della tecnica del rinvio a data fissa di vincolare a scadenza l'intervento legislativo.

Nel suddetto vincolo a scadenza non è ravvisabile una coercizione del dovere del legislatore di provvedere nell'esercizio della propria discrezionalità, infatti la Corte Costituzionale trattiene al contempo presso di sé la questione, da decidere nella data prevista nell'ord. 207/2018, proprio per evitare che a fronte di una possibile inerzia del legislatore, che dunque non subisce dalla Consulta una costrizione a provvedere, sia necessario risollevarne la questione per rimuovere l'incoerenza dell'art. 580 c.p.

Inoltre, è necessario analizzare le conseguenze dell'inerzia del legislatore poiché, pur non essendo coercibile l'onere di provvedere alla modifica delle norme individuate dalle Corte Costituzionale come incostituzionali ma rientranti nella sfera di discrezionalità legislativa, quando vi sia una pronuncia di accoglimento ex art. 136 Cost. la norma cessa di esistere e di produrre i propri effetti dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza in gazzetta ufficiale.⁷⁴

Ciò non avviene relativamente alle pronunce di inammissibilità con monito, in quanto non si tratta di sentenze di accoglimento sebbene indichino al legislatore la necessità di porre rimedio alle incoerenze presenti, tuttavia si verifica invece in relazione alle pronunce additive di principio, poiché tali pronunce implicano l'accoglimento della questione e l'indicazione dei principi che il legislatore deve seguire nel proprio intervento riformativo della norma.

Dunque, la pronuncia additiva di principio garantirebbe una soglia minima di coercibilità dell'obbligo del legislatore di provvedere alla modifica in quanto sentenza di accoglimento, sistema che avrebbe potuto giovare ad una situazione di incertezza di diritto quale quella risultata dal caso trattato nella sent. 242/2019.

Tuttavia, nella prassi il legislatore ha dimostrato di persistere nella propria inerzia nonostante ciò implichi, in ipotesi di pronuncia additiva di principio, una violazione

⁷⁴ Gruppo di Pisa, Andrea Giubilei, " i confini mobili della funzione giurisdizionale della Corte Costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi", 19 settembre 2019

dell'art. 136 Cost., e dunque l'utilizzo di tale pronuncia conduce, nella quasi totalità dei casi, ad un'applicazione dei principi ispiratori dettati dalla Corte Costituzionale direttamente da parte dei giudici a quibus, i quali forniscono soluzioni conformi a tali principi caso per caso.

Ciò che ne consegue, evidentemente, è il persistere, o meglio l'incremento, della situazione di incertezza di diritto generata dal vulnus di costituzionalità, in quanto i giudici a quibus provvedono ad ovviarvi caso per caso con soluzioni ed interpretazioni differenti.

Per tale motivo, nonostante in linea puramente teorica la pronuncia additiva di principio fornisca delle garanzie di efficacia ex art. 136 Cost., la Corte Costituzionale non ritiene di procedere con tale tecnica a seguito dell'ord. 207/2018, e neppure con una sentenza di accoglimento secondo l'originario modello, in quanto ciò avrebbe condotto non soltanto ad una carenza di garanzie, bensì anche ad una mancanza di tutela in materia penale, branca del diritto ove ogni disposizione deve essere strettamente regolata dal principio di legalità.

La Consulta, dunque, non ritiene auspicabile rinunciare alla fattispecie di reato dell'aiuto al suicidio come avverrebbe con una pronuncia di accoglimento e pertanto, pur essendo nella materia penale centrale la discrezionalità legislativa in forza del principio di riserva di legge, ritiene di dare prevalenza alla necessità di tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili ed al principio di certezza del diritto, corollario del principio di legalità in materia penale⁷⁵, non scegliendo una tecnica demolitorio ma neppure l'astensione in attesa di un intervento legislativo, bensì adottando tecniche flessibili che consentano da un lato di non sconfinare nella discrezionalità legislativa e dell'altro di garantire effettiva tutela ai principi costituzionali ed ai diritti fondamentali in gioco effettuando un bilanciamento che vede, nella decisione finale, la prevalenza di questi ultimi rispetto ad una tesi tradizionale di inammissibilità per discrezionalità legislativa.

5. *Analisi del procedimento utilizzato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 132/2020: analogie con l'ordinanza 207/2018*

⁷⁵ Erik Furono, "il caso Cappato ovvero dell'attivismo giudiziale", Osservatorio Costituzionale, fasc. 1/2020, 28 Gennaio 2020

Al fine di inquadrare compiutamente la recente tecnica decisoria utilizzata dalla Corte Costituzionale in rapporto ai limiti della discrezionalità legislativa, è necessario analizzare l'ordinanza n. 132/2020.

In tale ordinanza⁷⁶, infatti, la Corte Costituzionale adotta nuovamente la tecnica del rinvio a data fissa e fa esplicito riferimento all'ord. n. 207/2018, della quale ricalca i passaggi logici.

In particolare, nell'ord. n. 132/2020 la Corte Costituzionale tratta congiuntamente due ordinanze di rimessione, l'ord. n. 140/2019 e n. 149/2019, in quanto vertenti sulla medesima questione.

L'ord. 140/2019 del tribunale di Salerno lamenta infatti l'incostituzionalità dell'art. 595 c.p. e dell'art. 13 l. 47/1948 nella parte in cui esse prevedono la pena detentiva per il reato di diffamazione aggravata, mentre l'ord. 149/2019 del tribunale di Bari richiede una modifica della suddetta disposizione nella parte in cui prevedono il cumulo della pena detentiva e della pena pecuniaria per il reato di diffamazione aggravata e non l'alternatività tra queste.

Nelle ordinanze di rimessione, i giudici a quibus ravvisano la contrarietà dell'art. 595 co.3 c.p. e dell'art. 13 l. 47/1948 rispetto agli artt. 3, 21, 25, 27 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 10 CEDU.

Infatti, ricadendo la condotta di diffamazione a mezzo stampa configuratosi nel giudizio a quo nell'alveo applicativo di entrambe le norme, il giudice a quo dell'ord. 140/2019 ritiene impossibile proseguire il giudizio finché non sia risolta la questione di costituzionalità.

In particolare, la condotta di diffamazione aggravata a mezzo stampa risulta in Italia punita, dalle suddette norme, con la reclusione, tuttavia l'art. 10 CEDU, confermato dall'orientamento consolidato della Corte EDU, indica come non in linea con le direttive europee la pena detentiva prevista per il reato di diffamazione e, più in generale, per i reati di opinione, salvo casi eccezionali, considerando tali i discorsi d'odio e l'incitazione alla violenza, che tuttavia il Consiglio d'Europa suggerisce ai singoli Stati di sanzionare separatamente rispetto alla fattispecie della diffamazione.

Nell'ordinamento italiano la reclusione è sempre prevista per i reati di diffamazione a mezzo stampa che attribuiscono ad un soggetto un fatto falso

⁷⁶ Ord. n. 132/2020

determinato, non rilevando l'eccezionalità delle condotte prescritta invece da CEDU e Corte EDU.

L'avvocatura dello Stato eccepisce il mancato esperimento da parte dei giudici a quibus del tentativo di interpretazione conforme, asserendo che la pena detentiva potrebbe essere afflitta nei soli casi eccezionali, ma tale eccezione è da ritenersi inammissibile, in quanto si tratterebbe di interpretatio abrogans; inoltre, eccepisce l'oscurità dell'ordinanza di remissione, dalla quale non sarebbe possibile comprendere la richiesta del giudice a quo, non essendo esplicitato se si tratti di una richiesta di una pronuncia additiva, manipolativa o semplicemente ablativa della pena detentiva per le condotte di diffamazione a mezzo stampa.

A contrario, il giudice a quo, richiedendo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 13 l. 47/1948 e dell'art. 595 co.3 c.p., evidenzia come la normativa in questione sia difforme rispetto ai principi della funzione rieducativa della pena, della proporzionalità della pena e della necessaria offensività del reato.

Quanto al primo principio, il giudice a quo ravvisa infatti che una pena tanto sproporzionata rispetto alla condotta tenuta, in quanto considerata tale anche a livello giudiziale, non viene applicata e per questo non garantisce la dissuasione dal commettere il reato di diffamazione a mezzo stampa, ed inoltre, data la sproporzione tra reato e sanzione, non vi è rinvenibile la finalità educativa.

In ordine alla proporzione della pena e alla necessaria offensività del reato, il giudice a quo evidenzia la diminuzione del disvalore della condotta rispetto al momento di emanazione dell'art. 595 c.p. e della l. 47/1948.

Alla luce di ciò, considerano i numerosi casi in cui la Corte EDU si è espressa negativamente rispetto alla pena pecuniaria per la tipologia di reato in esame⁷⁷, la Corte Costituzionale rinviene la necessità di effettuare un nuovo bilanciamento tra il diritto alla libera manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione individuale⁷⁸, poiché l'originaria visione del legislatore storico al momento di emanazione delle norme penali in materia di diffamazione non risulta coerente con l'attuale disvalore attribuito al reato.

⁷⁷ Ord. 132/2020, considerando in fatto

⁷⁸ Ord. 132/2020, considerando in diritto n. 7

Tuttavia, la Consulta considera di spettanza del legislatore operare il suddetto nuovo bilanciamento mediante strategie sanzionatorie generali che comprendano non soltanto la sanzione pecuniaria penale, bensì anche sanzioni di tipo civile, amministrativo e disciplinare a garanzia degli stessi soggetti passivi della sanzione⁷⁹.

Inoltre, constatata l'attribuzione al legislatore della competenza a riformare la materia tenendo conto del nuovo bilanciamento necessario a tutela della libertà di stampa e di manifestazione del pensiero, la Corte Costituzionale ribadisce con esplicito rimando all'ord. n. 207/2018 la propria competenza limitatamente al vagliare ex post la compatibilità delle scelte legislative con la Costituzione, intervenendo nel limite dei propri poteri decisorii.

Per tale motivo, analogamente a quanto disposto nell'ord. 207/2018 e confermato nella sent. 242/2019, la Consulta precisa che una declaratoria di incostituzionalità totale rischierebbe di generare una lacuna nell'ordinamento a discapito della tutela del controinteresse, rappresentato nel caso in esame dalla reputazione individuale.

Sebbene la Corte Costituzionale non ritenga opportuno procedere con una declaratoria di incostituzionalità per evitare la creazione di un vuoto di tutela, non procede neppure con una sentenza manipolativa, preferendo preservare la possibilità per il legislatore di esercitare la propria discrezionalità modificando la disciplina della diffamazione.

Tuttavia, la Consulta ravvisa anche la necessità che la normativa in questione non sia applicata neppure transitoriamente ad altri casi concreti, in quanto comportante una pena sproporzionata al disvalore del fatto e lesiva del diritto alla libera manifestazione del pensiero.

Per tale motivo, con meccanismo analogo a quello utilizzato nell'ord. 207/2018, la Corte Costituzionale, tenendo conto anche dei numerosi progetti di legge di revisione della disciplina dei reati di diffamazione in esame presso le Camere, sospende il giudizio di costituzionalità e rinvia la trattazione della causa alla data indicata, affinché il legislatore possa entro tale data approvare la modifica legislativa.

Analizzati i principali profili dell'ord. 132/2020, è evidente l'analogia con la tecnica utilizzata nell'ord. 207/2018, non soltanto nell'applicazione del rinvio a data

⁷⁹ Ord. 132/2020, considerando in diritto n.8

fissa, bensì anche dei motivi per cui tale tecnica risulta la più appropriata relativamente alla soluzione del vulnus di incostituzionalità.

Infatti, nel caso in esame la stessa Corte Costituzionale richiama le motivazioni per cui nell'ord. 207/2018 utilizza il rinvio a data fissa, ritenendo pregiudizievole per i diritti coinvolti una pronuncia di accoglimento totale, ed al contempo non potendo attendere per provvedere a sanare il vulnus, data la sproporzione della pena applicata, che la questione sia risolta in seguito ad una pronuncia di inammissibilità con monito.

Tuttavia, è possibile ravvisare nel caso in esame anche delle differenze rispetto all'ord. 207/2018, in particolare relativamente ai beni giuridici ed ai principi da controbilanciare, non essendovi, come invece si riscontra nel caso della sent. 242/2019, il problema di tutelare un bene giuridico fondamentale al punto di non poter intervenire con una modifica della normativa.

Infatti, mentre nell'ord. 207/2018, e poi nella sent. 242/2019, la Corte Costituzionale nel depenalizzare le condotte di aiuto al suicidio deve tener conto della necessaria tutela dei diritti dei soggetti vulnerabili, nel caso in esame, sebbene la tutela della reputazione individuale sia necessaria e non possa cedere, non si ravvisa la medesima necessità, occorrendo invece un pronto bilanciamento che riporti sul medesimo piano i valori delle rispettive posizioni, essendo data primazia dalla normativa vigente soltanto alla tutela del suddetto diritto.

Inoltre, nel caso in esame, pur non essendo presente un *tertium comparationis* diretto e rinvenibile nell'ordinamento, la sproporzione tra condotta e sanzione appare evidente e non soggetta a cautele dal punto di vista etico e giuridico, come invece accade relativamente alla tematica dell'aiuto al suicidio.

L'evidenza della sproporzione tra condotta e sanzione, appare anche alla luce dell'attuale applicazione della normativa in esame, in quanto, come la Corte Costituzionale ricorda nell'ordinanza ⁸⁰, il Presidente della Repubblica ha recentemente concesso la grazia ad un soggetto destinatario della condanna a pena detentiva di sette mesi per diffamazione a mezzo stampa.

A fronte dell'evidenza della sproporzione e dell'obsolescenza della normativa, non corrispondente all'attuale disvalore attribuito alla condotta, si potrebbe ritenere la

⁸⁰ Ord. 132/2020, considerando in diritto n. 6.2

questione risolvibile anche con una pronuncia di dosimetria sanzionatoria, considerato che, dalla sent. 222/2018, non vi è per i giudizi di dosimetria il limite stringente delle rime obbligate.

Tuttavia, è necessario ricordare come, seppur non a rime obbligate stringenti, sia necessaria l'individuazione di un *tertium comparationis* all'interno dell'ordinamento che costituisca le linee guida del bilanciamento che conduce la Consulta al bilanciamento finale.

Nel caso in esame, tale *tertium comparationis* non è rinvenibile nel citato art. 10 CEDU, in quanto parametro interposto indicante le tutele minime da adottare nei singoli stati.

Inoltre, la Corte Costituzionale riconosce, in forza del principio di legalità ex art. 25 co.2 Cost., il primato del legislatore in materia penale, e dunque la rispettiva competenza a riformare la materia, pertanto, limitandosi ad indicare i principi da seguire per attuare il corretto bilanciamento, assegna al legislatore un termine entro cui provvedere alla modifica.

Considerando i diversi progetti di modifica della disciplina già in esame presso le Camere, la Corte Costituzionale auspica in una collaborazione da parte del legislatore e in una soluzione che non si risolva, come accaduto in precedenza con la sent. 242/2019, in un solo intervento della Corte Costituzionale in relazione ai profili da questa modificabili, prospettando invece una riforma organica della disciplina.

Tuttavia, anche in questo caso, riscontrata la persistenza dell'inerzia legislativa alla data di trattazione della causa, la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 l. 47/1948⁸¹, ritenendo invece compatibile con la Costituzione l'art. 595 co.3 c.p., in quanto consentente l'applicazione alternativa della pena pecuniaria o della pena detentiva, dando così la possibilità al giudice di applicare la pena di reclusione soltanto nei casi eccezionali, ritenendo tali le ipotesi delineate dalla Corte EDU.

Inoltre, la Corte Costituzionale ribadisce la necessità di un intervento del legislatore che possa dare attuazione completa al bilanciamento auspicato dalla Consulta, essendo necessaria a tal fine una produzione normativa che tenga conto della necessità di dare effettività al diritto alla libera manifestazione del pensiero, ma

⁸¹ Comunicato del 22 giugno 2021, ufficio stampa della Corte Costituzionale

contestualmente preservi la giusta cautela in relazione alla tutela della reputazione, specificatamente in relazione alle problematiche connesse all'evoluzione tecnologica e dei mezzi di comunicazione.

Dunque, tanto nel caso in esame quanto a seguito dell'ord. 207/2018, l'esito della tecnica decisoria della doppia pronuncia si discosta da quello auspicato dalla Corte Costituzionale, non concretizzandosi in un dialogo collaborativo con il legislatore.

Tuttavia, alla luce dell'epilogo delle due vicende, è possibile affermare la validità della tecnica del rinvio a data fissa poiché, sebbene non sia stato raggiunto il fine principale dell'intervento legislativo in quanto non coercibile, consente alla Corte Costituzionale di fornire adeguata tutela alle situazioni dipendenti dal vulnus di incostituzionalità, non necessitando di una nuova riproposizione della questione per sanare le incoerenze presenti tra la normativa oggetto di giudizio ed i principi costituzionali.⁸²

Si può dunque concludere inquadrando la tecnica del rinvio a data fissa come uno strumento di tutela dei principi costituzionali efficace, che consente alla Corte Costituzionale di esercitare il proprio ruolo di organo di chiusura dell'ordinamento anche nelle ipotesi in cui la questione di costituzionalità verta su norme le cui modifiche siano riconducibili alla sfera della discrezionalità legislativa, e come tecnica più garantista, che consente inoltre in tali casi di superare la tipologia di pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, le quali non forniscono tutela piena, non impedendo sino a successiva riproposizione della questione l'applicazione della norma incostituzionale od implicando un'eccessiva compromissione del principio di certezza del diritto come accade in ipotesi di attuazione da parte dei soli giudici a quibus, e non anche del legislatore, delle indicazioni contenute nelle sentenze additive di principio.

⁸² E. Rossi, "L'ordinanza n. 207 del 2018", 1 e ss

CAPITOLO QUATTRO

RIFLESSIONE SULLA NATURA GIURIDICA DEL PROBLEMA

1. Il principio di riserva di legge e le sentenze manipolative

Alla luce di quanto sinora analizzato, è possibile affermare che le pronunce di inammissibilità con monito, finalizzate a rispettare il principio di legalità rigidamente inteso, ossia a non interferire in alcun modo con l'attività legislativa, limitandosi a dichiarare l'inammissibilità della questione, ancorché fondata, qualora si ravvisi che la modifica necessaria alla normativa rientri nella sfera di discrezionalità legislativa, hanno all'interno dell'ordinamento italiano scarsi risultati nella pratica.

A fronte dell'inerzia legislativa rispetto ai moniti, si attesta come con le pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata sia rispettata la riserva di legge secondo la suddetta interpretazione rigida, e tuttavia, in conseguenza di ciò, non siano attuate le garanzie costituzionali previste, in quanto le situazioni concrete restano di sovente, in seguito ad una pronuncia di inammissibilità con monito, sprovviste di tutela.

In tali casi infatti, sebbene la questione risulti fondata, la Corte Costituzionale la dichiara inammissibile, rivolgendo al legislatore un monito per provvedere alla modifica della norma incostituzionale, tuttavia, l'incoerenza della normativa rispetto ai principi costituzionali permane e si applica ai casi concreti sino ad una, per altro solo eventuale, riproposizione della questione, che si conclude con una pronuncia di incostituzionalità totale.

In tal modo, sino all'eventuale seconda pronuncia le situazioni giuridiche continuano ad essere regolate dalla norma contraria ai principi costituzionali e, dunque, si attesta un'assenza di garanzia di conformità a Costituzione e di tutela.

Tra le tecniche decisorie della Corte Costituzionale finalizzate a rispettare la discrezionalità legislativa secondo la tesi tradizionale, è possibile ricordare, oltre alla sopra citata inammissibilità con monito, le pronunce additive di principio.

Le sentenze additive di principio, analizzate dal punto di vista tecnico nel secondo capitolo, consentono alla Corte Costituzionale di non limitarsi ad accertare l'incostituzionalità della norma, bensì a dichiararla, senza tuttavia poter modificare la disposizione in questione come accade con le sentenze additive di regola.

In particolare, con le sentenze additive di principio la Corte Costituzionale dichiara incostituzionale la norma ed indica i principi da seguire per modificare la stessa, lasciando tuttavia al legislatore di riformare la normativa.

Sebbene, come anticipato, in ciò si possa ravvisare una violazione dell'art. 136 Cost., il legislatore rimane nella maggior parte dei casi inerte rispetto alle indicazioni della Consulta e, nell'incertezza creatasi tra incostituzionalità della norma ed inattività del legislatore, i giudici a quibus, al momento di applicare la norma in questione nei giudizi, applicano direttamente una propria soluzione elaborata sulla base dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale in sentenza.

Tali pronunce, dunque, pongono un duplice problema in ordine alle garanzie costituzionali ed alla riserva di legge, ed inoltre, considerando l'attività dei giudici nell'applicare i principi dettati dalla Corte Costituzionale nei casi concreti, incidono negativamente sul principio di certezza del diritto.

In particolare, con le sentenze additive di principio la discrezionalità legislativa risulta rispettata nella sua accezione tradizionale nel momento della formulazione della decisione, in quanto la Corte Costituzionale non modifica la norma ma si limita ad indicare i principi di diritto da seguire affinché l'incoerenza sia rimossa.

Tuttavia, la riserva di legge non risulta rispettata, né nella sua accezione tradizionale né secondo una visione più elastica, nel momento in cui la modifica della norma incostituzionale è rimessa all'interpretazione che i singoli giudici danno delle indicazioni espresse dalla Corte Costituzionale.

Tale risoluzione, se da un lato appare indispensabile per far fronte alle situazioni giuridiche contingenti nelle quali sarebbe necessario applicare la norma incostituzionale, dall'altro non garantisce l'uguaglianza nell'applicazione del diritto e delle garanzie costituzionali, non essendo univoca la soluzione offerta dai singoli giudici a quibus, e inficia sull'attuazione del principio di certezza del diritto, fondamentale, in special modo in materia penale, per una corretta applicazione della normativa e per la tutela dei singoli consociati.

Pur se carenti dal punto di vista della resa circa il dialogo con il legislatore e, conseguentemente, dell'attuazione delle garanzie costituzionali, tali tecniche sono state ideate dalla Corte Costituzionale per superare le situazioni in cui l'accoglimento della questione rischierebbe di creare un vulnus di incostituzionalità anche maggiore.

Tale rischio è determinato dal fatto che una declaratoria di incostituzionalità totale della norma determina, nei casi in cui occorrerebbe rimuovere l'incoerenza presente nella norma e tuttavia la stessa disposizione risulta parte organica di una determinata disciplina, una lacuna in grado di compromettere il principio di continuità dell'ordinamento normativo⁸³.

In particolare, una pronuncia di incostituzionalità totale, specialmente se inserita nel contesto della materia penale, rispetta la riserva di legge nell'accezione tradizionale in quanto rimuove il vulnus di incostituzionalità senza entrare nel merito della disposizione di legge, e dunque non apportandovi modifiche, tuttavia risulta demolitoria del dispositivo di legge nella sua interezza, non consentendo la conservazione neppure parziale dell'originario proposito legislativo e determinando la necessità di un intervento legislativo ex novo finalizzato a colmare la lacuna creatasi.

Dunque, anche ricorrendo all'originario modello accoglimento-rigetto, la riserva di legge risulta formalmente rispettata in modo rigoroso, ma in caso di declaratoria di incostituzionalità è in ogni caso necessario un successivo intervento legislativo ed un mutamento del contenuto della norma originaria affinché la nuova disposizione risulti conforme a Costituzione.

Tali conseguenze comportano dunque la necessità di un ulteriore intervento legislativo, ugualmente fondato su un dialogo collaborativo con la Corte Costituzionale, in quanto il contenuto della nuova disposizione di legge deve essere conforme a Costituzione e ristabilire il corretto bilanciamento tra principi costituzionali.

Tuttavia, considerando le tempistiche che il procedimento legislativo implica, la lacuna creata dalla pronuncia di incostituzionalità totale rischia di permanere all'interno dell'ordinamento sine die, e ciò determina l'assenza di garanzie di

⁸³ Gruppo di Pisa, Andrea Giubilei, "i confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incertezza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi", 19 Settembre 2019

costituzionalità e di tutela dei diritti coinvolti nelle situazioni che dovrebbero essere regolate dalla disciplina mancante.

In particolare, la suddetta problematica di formazione di un vuoto di disciplina si scontra con la necessaria certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni processuali sancite in materia penale, in quanto la lacuna originata dalla pronuncia di incostituzionalità determina, inevitabilmente, un mutamento nella sfera del penalmente rilevante o dei trattamenti sanzionatori che, se non colmata, conduce ad una situazione di incertezza del diritto.

In ragione della scarsa efficacia delle suddette tecniche in ordine all'attuazione delle garanzie costituzionali, la Corte Costituzionale si è recentemente orientata verso l'utilizzo di nuove tecniche decisorie che consentano un contemperamento dell'esigenza di rispetto della riserva di legge con la necessità di garantire il rispetto dei principi costituzionali.

Tali tecniche, tuttavia, essendo modellate sulla tipologia delle sentenze manipolative, non risultano totalmente compatibili con l'interpretazione tradizionale del principio di legalità e di riserva di legge, in quanto la Corte Costituzionale, nel formulare la decisione, modifica il contenuto normativo della disposizione, riportando a coerenza la stessa rispetto ai principi costituzionali e, dunque, effettuando un nuovo bilanciamento che conferisce alla norma una portata differente da quanto stabilito dal legislatore in sede di produzione normativa.

In particolare, secondo la tesi rigida le pronunce manipolative, tra le quali sono ricompresi anche i giudizi di dosimetria sanzionatoria, si porrebbero in contrasto con l'art. 28 l. 87/1953, poiché tale articolo stabilisce che il giudizio di legittimità costituzionale esclude ogni valutazione di natura politica o sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

Tuttavia, l'art. 28 l. 87/1953 ha l'evidente finalità di separare la sfera del diritto dalla sfera politica⁸⁴, consentendo alla Corte Costituzionale di sindacare soltanto in relazione alla prima; inoltre, benché ad una prima lettura si possa ravvisare un confine tra discrezionalità legislativa da perseverare e attività della Consulta, è necessario precisare che il dato normativo si riferisce al divieto di sindacare l'opportunità della

⁸⁴ P. Bianchi, "le tecniche di giudizio e la selezione dei casi" in "l'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello", Napoli, 2006

scelta legislativa e non, come più genericamente potrebbe apparire, il contenuto di merito dell'atto legislativo.

Ciò comporta che la Corte Costituzionale debba astenersi da ogni valutazione di ordine politico e dall'estendere il proprio sindacato ad un giudizio di opportunità sulla scelta legislativa compiuta in relazione ad una norma, limitandosi a ravvisare i profili di incostituzionalità della stessa.

Tuttavia, ciò non preclude un controllo della Corte Costituzionale nel merito della legge, inteso quest'ultimo come contenuto normativo, qualora lo scopo di tale controllo sia rimuovere l'incoerenza presente all'interno della disposizione di legge.

Infatti, tale controllo non può definirsi una valutazione di opportunità della scelta legislativa compiuta, bensì rientra nella sfera del controllo di legittimità sulla legge o sull'atto avente forza di legge, per il quale non vi sono limiti al sindacato della Corte Costituzionale quale organo garante del rispetto della Costituzione⁸⁵.

Anche qualora si volesse accedere alla più rigorosa tesi per la quale l'art. 28 l. 87/1953 vieterebbe un qualsiasi controllo del merito della scelta legislativa, si ricorda che ciò implica una definizione della legge quale atto discrezionale, e dunque a finalità definita, in quanto tale comunque sindacabile dalla Corte Costituzionale in relazione ai vizi di legittimità, escludendo il sindacato della Consulta soltanto in relazione ai vizi di merito.⁸⁶

La competenza della Corte Costituzionale a sindacare sui vizi di legittimità delle norme e degli atti aventi forza di legge è deducibile anche dall'art. 134 Cost., in quanto quest'ultimo non pone alcun limite circa i vizi sindacabili, comprendendovi ogni difetto di legittimità costituzionale.⁸⁷

Alla luce di quanto analizzato, appare dunque ragionevole interpretare l'art. 28 l. 87/1953 quale divieto di estensione del sindacato della Corte Costituzionale soltanto in relazione alle valutazioni di carattere politico ed eventualmente, volendo accogliere la tesi più rigorosa, ai vizi di merito della legge, intendendosi per tali, come si desume dall'art. 97 Cost., l'inosservanza del principio generale di corretta amministrazione e

⁸⁵ Gruppo di Pisa, Andrea Giubilei, "i confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incertezza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi", 19 Settembre 2019

⁸⁶ G. Guarino, "abrogazione e disapplicazione delle norme illegittime", in Jus, 1951

⁸⁷ G. Guarino, "Abrogazione e disapplicazione delle norme illegittime", in Jus, 1951

dunque la violazione di norme non giuridiche, bensì di opportunità, equità, economicità e convenienza.

Dunque, il sindacato della Corte Costituzionale, anche qualora svolto mediante sentenze manipolative, non supera i limiti posti dall'art. 28 l. 87/1952, in quanto finalità delle pronunce manipolative non è interferire nelle scelte di opportunità e convenienza effettuate dal legislatore, bensì riportare la norma alla coerenza, e dunque alla conformità a Costituzione.

Infatti, le sentenze manipolative hanno il fine di riportare al corretto bilanciamento i principi costituzionali quando ciò non sia parimenti raggiungibile mediante una pronuncia di accoglimento o di incostituzionalità accertata ma non dichiarata.

Quanto agli eventuali mutamenti in ordine alla portata normativa anche nel merito della legge, e dunque alla possibile difformità rispetto alla volontà originaria del legislatore, è necessario ricordare che tale effetto è conseguenza della rimozione dell'incostituzionalità presente e non di un controllo sul merito effettuato mediante la sentenza manipolativa.

Tale difformità rispetto alla volontà originaria del legislatore, infatti, è conseguenza non soltanto delle pronunce manipolative, bensì di ogni intervento della Corte Costituzionale che rimuova l'incostituzionalità dal dispositivo di legge, in quanto anche a seguito di una pronuncia di incostituzionalità totale il contenuto della norma successiva non potrebbe ricalcare il precedente e dovrebbe rispettare i principi costituzionali di cui la Consulta aveva ravvisato la violazione.

Inoltre, pur essendo la Corte Costituzionale l'organo di chiusura dell'ordinamento, giudice delle leggi ed in quanto tale *super partes*, è necessario ricordare che questa si inserisce nel contesto legislativo giudicando della conformità delle leggi a Costituzione, e dunque non è possibile che la stessa sia totalmente estranea alle vicende politiche che determinano la formazione delle leggi stesse.

Si è spesso parlato al riguardo di una "doppia natura" della Corte Costituzionale, considerata da un lato organo di chiusura terzo ed imparziale e dall'altro portatrice inevitabilmente anche di una natura politica, ciò poiché, dovendo la Corte Costituzionale inserirsi nel contesto di valutazione della legittimità delle leggi, inevitabilmente le decisioni prese sono portatrici anche di un risvolto politico.

Inoltre, come sopra anticipato, un minor rigore processuale da parte della Corte Costituzionale è stato, nelle pronunce analizzate nel capitolo precedente, funzionale ad evitare la creazione di zone franche all'interno dell'ordinamento.⁸⁸

In particolare, secondo una visione strettamente processualistica che ravvisa nella Corte Costituzionale soltanto la natura di giudice, le norme di gestione del processo devono rimanere esterne dal giudizio di merito, non essendo possibile modulare gli effetti del giudizio costituzionale o ampliare il *thema decidendum*, in ossequio della suddetta separazione tra tipologia di norme e del rigore processuale.

Tuttavia, tale prospettiva, adottata dalla stessa Corte Costituzionale nei primi anni della propria attività, non consente alla stessa di esercitare il proprio sindacato in situazioni nelle quali sarebbe prevista una decisione di inammissibilità, e da ciò consegue il rischio di creazione di zone di insindacabilità all'interno dell'ordinamento dovute al limite della riserva di legge, oppure ancora relativamente alla modulazione degli effetti temporali delle pronunce della Consulta, non consentirebbe alla stessa di limitare gli effetti delle proprie pronunce al futuro⁸⁹, scelta effettuata per non pregiudicare il bilancio finanziario ed evitare la creazione di disavanzo.

Inoltre, giova in questa sede ricordare che la Corte Costituzionale possiede ampi poteri di gestione delle regole del processo costituzionale, potendo modificarle mediante le norme integrative, rientranti nel potere di auto-normazione della Consulta.

Tuttavia, non appare possibile neppure accedere alla tesi che, identificando la Corte Costituzionale quale organo politico avente finalità di tutela non della costituzionalità, bensì dei diritti, consente una piena deroga caso per caso delle regole processuali.

Per tale motivo, è necessario contestualizzare gli interventi della Corte Costituzionale che appaiono discostarsi dal tradizionale svolgimento del processo costituzionale, prendendo atto dell'innovazione apportata dalle recenti tecniche decisorie e della necessità di inquadrare le stesse non come mero scostamento dalle regole processuali atto a decidere il caso concreto, bensì quali espressione di un nuovo orientamento della Consulta, finalizzato ad offrire una maggior effettività delle

⁸⁸ F. Biondi, "il processo costituzionale", pag. 4 e 5

⁸⁹ A titolo esemplificativo, si veda sent. 10/2015 Corte Cost., considerando in diritto

garanzie di costituzionalità nei casi in cui ciò non sia raggiungibile mediante le pronunce di inammissibilità o di incostituzionalità totale.

È entro tale ottica di scostamento della Corte Costituzionale dalla rigidità dei modelli iniziali verso tecniche maggiormente garantistiche che è in questa sede necessario collocare le pronunce manipolative.

In particolare, la pronuncia manipolativa, non può essere valutata *ex se* come intervento della Corte Costituzionale che, decidendo quale parte della disposizione di legge modificare affinché sia effettuato il corretto bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco, sconfina nella sfera di discrezionalità assegnata al legislatore relativamente alla produzione normativa e, in materia penale, alle scelte di politica criminale che a questa conducono, bensì deve essere analizzata alla luce del contesto giurisprudenziale in cui si inserisce.

Infatti, le sentenze manipolative, specialmente in materia penale in relazione ai giudizi di dosimetria sanzionatoria, si collocano successivamente a moniti inascoltati dal legislatore, oppure nel contesto di una normativa obsoleta e dunque non più attuale, o a fronte di una manifesta irragionevolezza della scelta legislativa o sproporzione del trattamento sanzionatorio, o ancora qualora, come analizzato in precedenza, una declaratoria di incostituzionalità determinerebbe un'eccessiva lacuna all'interno dell'ordinamento⁹⁰.

Dunque, giova in questa sede approfondire, al fine di comprendere il rapporto tra le pronunce manipolative e la riserva di legge in materia penale, l'effetto dell'inerzia legislativa in relazione alle decisioni della Corte Costituzionale.

In particolare, come analizzato in precedenza, la Corte Costituzionale nella maggior parte dei casi tenta, in materia penale e più in generale qualora in una decisione sia coinvolto l'esercizio della discrezionalità legislativa, di instaurare un dialogo collaborativo con il legislatore, affinché sia quest'ultimo a sanare il *vulnus* presente nel sistema.

Ciò si spiega in quanto, sebbene sia compito della Corte Costituzionale rimuovere l'illegittimità costituzionale, la stessa ravvisa come un proprio intervento implicherebbe necessariamente delle determinazioni coinvolgenti la sfera di competenza del legislatore e, dunque, tenta di attuare il principio di legalità nella sua

⁹⁰ R Pinardi, "l'horror vacui nel giudizio sulle leggi", 2007

accezione più rigorosa, lasciando al Parlamento di effettuare le medesime determinazioni.

Tuttavia, a fronte delle pronunce di inammissibilità con monito al legislatore, l'inerzia di quest'ultimo non può che determinare la permanenza del vulnus di incostituzionalità all'interno del sistema e, anche qualora la questione sia riproposta da un diverso giudice a quo o in un diverso giudizio, la Corte Costituzionale secondo la tesi tradizionale dovrebbe limitarsi a sciogliere l'alternativa tra ripetere la pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa, con conseguente permanenza del vulnus di incostituzionalità, o procedere con una declaratoria di incostituzionalità, determinando una lacuna di diritto in materia penale, pregiudizievole per la certezza del diritto e per il trattamento dei casi concreti, tanto di quelli antecedenti alla declaratoria tanto dei futuri.

Per tale motivo, la Corte Costituzionale si è di recente spinta anche oltre la condizione delle rime obbligate per intervenire con una pronuncia manipolativa in materia penale, come accade nei giudizi di dosimetria sanzionatoria ove sono presenti più *tertia comparationis* egualmente accettabili a livello costituzionale.

Tali sentenze manipolative, inserendosi in un contesto giurisdizionale di ripetuti moniti al legislatore inascoltati, si giustificano in ragione del fattore temporale, intendendo quest'ultimo come soglia di tollerabilità dell'incostituzionalità e, dunque, di confine tra l'adozione della visione tradizionale con conseguente predilezione di tecniche che non valichino la discrezionalità legislativa, e l'affiancamento alla visione più elastica, che consente alla Corte Costituzionale di intervenire con pronunce manipolative a garanzia dell'attuazione dei principi costituzionali.

Infatti, a far optare la Corte Costituzionale per una pronuncia manipolativa o per un giudizio di dosimetria sanzionatoria, è anzitutto l'evidenza della sproporzione del trattamento sanzionatorio, o dell'irragionevolezza, ovvero ancora dell'incoerenza presente tra la normativa oggetto di giudizio di costituzionalità e il dettato costituzionale.

Tale soglia di evidenza, tuttavia, può non essere semplicemente rinvenibile ad una prima lettura ed interpretazione della norma oggetto della questione di costituzionalità, bensì può rilevarsi anche in conseguenza dell'inerzia del legislatore, oppure, come

avviene nella maggior parte dei giudizi di dosimetria sanzionatoria, in relazione all'evoluzione storica e sociale e al mutamento dei valori all'interno dell'ordinamento.

Per quanto concerne l'evidenza di incostituzionalità causata dal protrarsi dell'inerzia legislativa, è opportuno in questa sede analizzare la gradazione dell'incostituzionalità che la Corte Costituzionale effettua quando oggetto del giudizio sia una norma la cui modifica implica l'esercizio della discrezionalità legislativa.

In particolare, se in un primo momento l'incostituzionalità presente può ritenersi tollerabile da parte della Consulta in attesa di un intervento modificativo del legislatore, qualora questo intervento non sia apportato, la permanenza per un ampio lasso di tempo del vulnus all'interno dell'ordinamento determina un aggravamento dell'incostituzionalità.

A tal punto, preso atto dell'inerzia del legislatore, la Corte Costituzionale è legittimata a procedere anche con una sentenza manipolativa oltre il limite delle rime obbligate⁹¹, in quanto unica modalità possibile di pronta rimozione del vulnus e di ristabilimento delle garanzie costituzionali rimaste compromesse dal permanere dell'incostituzionalità.

Dunque, alla luce della graduazione della rilevanza del vulnus di incostituzionalità ai fini di un intervento della Corte Costituzionale anche oltre il limite delle rime obbligate, è possibile affermare come sia la stessa inerzia del legislatore che, se prolungata, determina l'indebolimento dei confini della discrezionalità legislativa e a provocare non l'incostituzionalità, che è già presente all'interno della disposizione al momento della pronuncia di inammissibilità con monito, bensì l'accoglimento della questione e la modifica della norma da parte della Consulta.

L'intervento manipolativo della Corte Costituzionale, dunque, non si pone in contrasto con il rispetto della discrezionalità legislativa, bensì come intervento necessario al fine di ripristinare il corretto bilanciamento fra i principi costituzionali, in quanto il confine della discrezionalità legislativa a fronte dell'esigenza di garantire la conformità a costituzionale retrocede, sfumato a causa del protrarsi dell'inerzia legislativa.

⁹¹ Gruppo di Pisa, Andrea Giubilei, "i confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incertezza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi", 19 Settembre 2019

A ben vedere, si può inoltre affermare che sarebbe al contrario illegittima un'astensione della Consulta dinanzi ad un'incostituzionalità perpetuata nell'ordinamento, in quanto la stessa è competente, ex art. 134 Cost., a giudicare di tutti i vizi di legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, senza che a tale controllo vi sia un limite *ratione materie*, e dunque la Corte Costituzionale, se ripetesse una decisione di inammissibilità con monito e consentisse il permanere del *vulnus* nell'ordinamento, verrebbe meno al proprio compito di garante della costituzionalità e, in quanto organo ultimo di chiusura dell'ordinamento, determinerebbe una stabilizzazione del medesimo *vulnus* all'interno dell'ordinamento.

È possibile parlare a tal proposito di un "principio di legalità costituzionale"⁹², in forza del quale è necessario garantire il primato della Costituzione, che deve sempre prevalere all'esito del dialogo con il legislatore, ancorché tale dialogo dia infruttuoso, ed in tale ultimo caso a scapito del rispetto della riserva di legge rigidamente intesa.

Per tale motivo, la Corte Costituzionale ha, con le sue più recenti tecniche, tentato di favorire la collaborazione con il legislatore affinché il principio di legalità costituzionale fosse rispettato senza per questo invadere la sfera di competenza del legislatore, e quindi consentendo a quest'ultimo di modificare o integrare la disciplina incostituzionale al fine di rimuovere l'incoerenza tra quanto stabilito da quest'ultima e la Costituzione.

Tuttavia, a fronte dell'assenza di una risposta legislativa a tali tentativi, l'incostituzionalità già ravvisata dalla Corte Costituzionale non risulta ulteriormente tollerabile e, al fine di non aggravare maggiormente la condizione di incertezza del diritto, non è auspicabile determinare una lacuna nell'ordinamento mediante una declaratoria di incostituzionalità e, dunque, è necessario che la consulta attui la modifica normativa cui il legislatore non ha provveduto.

Alla luce di ciò, è possibile inquadrare il principio di legalità costituzionale come complementare rispetto al principio di riserva di legge, a sua volta corollario del principio di legalità in materia penale, in quanto aventi entrambi tra le proprie finalità il rispetto del principio di certezza di diritto, per il quale la Corte Costituzionale

⁹² Gruppo di Pisa, Andrea Giubilei, "i confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incertezza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi", 19 Settembre 2019, pag. 17

interviene con le pronunce manipolative ed i giudizi di dosimetria sanzionatoria quando la declaratoria di incostituzionalità produrrebbe effetti negativi in termini di lacune,, ed in quanto il primo interviene qualora con la sola attuazione del principio di riserva di legge non sia possibile realizzare le garanzie costituzionali previste.

Tuttavia, ci si chiede come la legittimazione della Corte Costituzionale ad adottare una visione più elastica del principio di riserva di legge in virtù della soglia di tollerabilità del permanere dell'incostituzionalità all'interno dell'ordinamento possa conciliarsi con l'utilizzo di tecniche decisorie differenti, quale il rinvio a data fissa, a mezzo delle quali la Consulta provvede a modificare la norma incostituzionale senza un previo protrarsi dell'inerzia legislativa cui consegua una nuova questione di costituzionalità sulla medesima norma.

Infatti, il presupposto della graduazione dell'incostituzionalità, come sopra precisato, risiede nel protrarsi dell'inerzia legislativa che aggrava la situazione di *vulnus*⁹³, qualora la gravità non derivi da un'immediata ed evidente sproporzione del trattamento sanzionatorio come accade nella maggioranza dei giudizi di dosimetria sanzionatoria o da una manifesta irragionevolezza della scelta legislativa, tale da non potersi considerare l'intervento della Corte Costituzionale come un giudizio di opportunità della legge, bensì come un giudizio di legittimità.

Al di fuori dei due casi appena menzionati, a ben vedere, è possibile ravvisare anche nella tecnica del rinvio a data fissa il medesimo principio, sebbene non vi sia una decisione di inammissibilità con monito iniziale, infatti, la Corte Costituzionale sollecita comunque il legislatore a provvedere, assegnando ad esso un termine per esercitare la propria discrezionalità, rimandando la risoluzione della questione e dunque prospettandone l'accoglimento solamente nel caso in cui il legislatore, come accade in seguito alle pronunce di inammissibilità con monito, rimanga inerte.

Dunque, fissando un termine di trattazione della causa entro cui il legislatore è tenuto a provvedere alla modifica della norma, la Corte Costituzionale anticipa che l'incostituzionalità non sarà tollerata oltre tale termine, ed elimina così l'incertezza che è generata nelle pronunce di inammissibilità con monito sul protrarsi del *vulnus* di incostituzionalità.

⁹³ F. Modugno, "La supplenza della Corte Costituzionale", 151, in *Federalismi*, n.16 08/08/2007

Alla luce di ciò, è possibile affermare che anche in relazione a pronunce manipolative adottate mediante la tecnica del rinvio a data fissa operi il criterio della graduazione dell'incostituzionalità, e che dunque anche in tali casi, in mancanza di una soluzione a rime obbligate, la Consulta possa procedere nella decisione manipolativa al fine di sanare il vulnus di incostituzionalità per evitare di generare una lacuna mediante la declaratoria di incostituzionalità.

Infatti, che la tecnica utilizzata dalla Corte Costituzionale sia il rinvio a data fissa, e dunque la doppia pronuncia a seguito del silenzio del legislatore, oppure l'inammissibilità con monito ed il successivo accoglimento della questione riproposta, la condizione affinché la Consulta possa procedere con una pronuncia manipolativa nonostante i limiti della discrezionalità legislativa è la tollerabilità dell'incostituzionalità sino ad una soglia massima, che in relazione alle pronunce di inammissibilità con monito è rappresentata dalla riproposizione della questione, ed invece in relazione al rinvio a data fissa è indicata dalla Corte Costituzionale nella data della successiva udienza, in quanto, se l'incostituzionalità non sarà rimossa dal legislatore entro tale data, vi provvederà la Corte stessa al fine di garantire una tutela rapida ed effettiva alle situazioni giuridiche in essere.

Dunque, anche nelle pronunce manipolative che la Corte Costituzionale emette a seguito dell'utilizzo della tecnica del rinvio a data fissa è possibile rinvenire la giustificazione data dal superamento della soglia di tollerabilità dell'incostituzionalità⁹⁴, ciò che le differenzia rispetto alle pronunce adottate in seguito all'inammissibilità con monito è l'anticipazione nello stabilire tale soglia, a favore di una più corretta attuazione del principio di certezza del diritto, che non può invece essere parimenti garantita mediante le pronunce di inammissibilità con monito, in quanto in tali casi il confine tra tollerabilità e intollerabilità della permanenza del vulnus di incostituzionalità diviene solo eventuale, essendo determinata dalla riproposizione della questione sorta nuovamente in un diverso giudizio a quo e non manifestamente infondata.

In tali casi, infatti, sebbene non sia possibile superare il confine della soglia di tollerabilità della permanenza del vulnus in assenza di un'eventuale riproposizione

⁹⁴ F. Modugno, "la funzione complementare della Corte Costituzionale", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, 1651

della questione, l'incostituzionalità permane nell'ordinamento, determinando una compromissione dei principi costituzionali che, in base all'art. 134 Cost., non potrebbe restare senza sanatoria da parte della Corte Costituzionale sine die.

Mediante la tecnica del rinvio a data fissa, invece, la Corte Costituzionale garantisce lo svolgimento del proprio ruolo di giudice delle leggi e di garante della costituzionalità, provvedendo a rimuovere l'incostituzionalità qualora entro la data stabilita il legislatore non abbia apportato le modifiche necessarie e, dunque, senza ciò che la disfunzione ordinamentale creata dall'inerzia del legislatore dinnanzi ai solleciti della Consulta a riportare a coerenza la norma oggetto di giudizio di costituzionalità comporta.⁹⁵

Analizzata la legittimazione dell'utilizzo delle pronunce manipolative, anche oltre il limite delle rime obbligate qualora quest'ultimo non sia rinvenibile, nelle materie coperte da riserva di legge in ragione degli indici di gradualità dell'incostituzionalità, giova in questa sede approfondire l'ambito applicativo delle sentenze manipolative e la ratio di queste ultime alla luce della funzione garantista di cui la Corte Costituzionale è portatrice all'interno dell'ordinamento.

In particolare, come sopra anticipato, le sentenze manipolative sono utilizzate dalla Corte Costituzionale quale alternativa alle pronunce di incostituzionalità quando queste ultime creerebbero nell'ordinamento una lacuna di disciplina, tuttavia, tale scelta è stata spesso oggetto di critiche in ragione del fatto che, mentre con una declaratoria di incostituzionalità la norma viene meno nella sua interezza, con le sentenze manipolati e la Consulta modifica la norma dotandola di un significato differente rispetto a quello voluto dal legislatore al momento della produzione legislativa.

Nonostante effettivamente le pronunce manipolative modifichino la portata normativa della disposizione oggetto di giudizio di costituzionalità, si ricorda, come sopra anticipato, che pur se la declaratoria di incostituzionalità non incide sul contenuto della legge nel merito, a differenza delle pronunce manipolative, eliminando totalmente l'intervento legislativo che ha portato alla creazione di tale norma, tuttavia

⁹⁵ F. Modugno, "la funzione complementare della Corte Costituzionale", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, 1650

anche la sentenza di incostituzionalità totale richiede un contenuto della legge nel merito differente, il quale rispetti i principi costituzionali.

In particolare, a seguito della declaratoria di incostituzionalità, al fine di colmare il vuoto di disciplina creatosi in conseguenza alla pronuncia della Corte Costituzionale, il legislatore dovrebbe provvedere ad una produzione normativa *ex novo* che sia costituzionalmente accettabile e, dunque, è previsto che il contenuto della nuova norma differisca da quello della precedente, rappresentante l'originaria volontà del legislatore.

Dunque, sia a seguito di una sentenza manipolativa sia a seguito di una declaratoria di incostituzionalità, la portata della disposizione, o di quella nuova redatta dal legislatore a seguito della pronuncia di accoglimento, è modificata sulla base delle indicazioni dei principi costituzionali violati, ed in entrambi i casi è possibile rinvenire nella pronuncia della Corte Costituzionale l'origine di tale modifica, tuttavia con la sentenza manipolativa la Consulta conserva parte della legge così come redatta dal legislatore e parte del significato originario che quest'ultimo intendeva attribuire alla disposizione, evitando la creazione di un vuoto di disciplina che, considerate le tempistiche necessarie per il procedimento legislativo, rischierebbe di permanere nell'ordinamento⁹⁶, ed inoltre effettua una modifica che non sarebbe esclusa dalla declaratoria di incostituzionalità in ragione dell'intervento legislativo successivo che essa presuppone al fine di colmare il vuoto di disciplina, e che verterebbe sul ripristino della coerenza e del corretto bilanciamento dei medesimi principi costituzionali resi effettivi dalla pronuncia manipolativa.

Al fine di completare l'analisi sul rapporto tra il principio di riserva di legge e le sentenze manipolative, è necessario procedere nell'analisi dell'operato della Corte Costituzionale in materia penale, in quanto è in essa che le pronunce manipolative non sono in genere ritenute ammissibili.

Tale rifiuto delle pronunce manipolative in materia penale si deve al principio di legalità ex art. 25 co.2 Cost, il quale stabilisce l'esclusiva competenza legislativa nel determinare cosa costituisce reato e nello stabilire i relativi minimi e massimi edittali e, dunque, nel compimento delle scelte di politica criminale.

⁹⁶ C. Chiariello, "le nuove frontiere della discrezionalità valutativa della Corte Costituzionale: la tollerabilità della normativa illegittima", in *Nomos*, 1/2022, 2

Secondo un'interpretazione rigorosa del principio di legalità, infatti, le pronunce manipolative, tra le quali vengono ricompresi i giudizi di dosimetria per la loro struttura, non sarebbero ammissibili in materia penale poiché modificano il contenuto della norma e, dunque, le scelte legislative in relazione alla punibilità di determinate condotte ed ai limiti edittali previsti, che rientrerebbero nell'esclusiva competenza del legislatore.

Tuttavia, tale inammissibilità può dirsi motivata e necessaria in relazione alle sentenze manipolative additive di regola della Corte Costituzionale, in quanto con esse la Consulta ampliava la sfera del penalmente rilevante, attività questa che implica il compimento di scelte di politica criminale, e che dunque causerebbe una violazione non solo dell'art. 25 co.2 Cost⁹⁷., bensì anche del sopracitato art. 28 l. 87/1953, in quanto, pur volendo interpretare quest'ultimo come limite alle sole decisioni sul merito delle scelte legislative, si configurerebbe il compimento da parte della Corte di un atto politico, espressamente vietato dal dato letterale e contro la separazione tra ambito politico ed ambito giurisdizionale, finalità dell'art. 28 l. 87/1953⁹⁸.

Il medesimo sbarramento alle pronunce manipolative in materia penale non può invece dirsi fondato in relazione alle pronunce manipolative sostitutive o ai giudizi di dosimetria sanzionatoria, in quanto queste ultime non comportano un ampliamento della sfera del penalmente rilevante o un'attuazione da parte della Corte Costituzionale di scelte di politica criminali, bensì il semplice esercizio del controllo di costituzionalità e l'attuazione dei principi costituzionali.

La differenza tra quanto detto in relazione alle sentenze additive di regola e quanto invece avviene mediante i giudizi di dosimetria sanzionatoria non si rinviene soltanto alla luce dell'ampliamento della sfera del penalmente rilevante, operante nel primo caso e non invece nei giudizi di dosimetria sanzionatoria che, come analizzato nel primo capitolo, comportano una modifica in melius del trattamento sanzionatorio riducendone la portata, bensì anche alla luce degli indici che determinano i rispettivi interventi della Consulta.

⁹⁷ A. Pugiotto, "sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994

⁹⁸ A. Pizzorusso, "limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, 309

In particolare, mentre una pronuncia additiva di regola in materia penale risponderebbe all'eventuale esigenza di garantire una maggior tutela ad un bene giuridico, configurandone la lesione quale ipotesi di reato, e dunque non è ammissibile che sia la Corte Costituzionale, giudice delle leggi, a compiere tale scelta⁹⁹; i giudizi di dosimetria sanzionatoria non comportano un giudizio sul merito della legge, bensì sui vizi di legittimità della stessa, in quanto basati sull'evidente sproporzione tra il trattamento sanzionatorio previsto e la condotta in esame e dunque, sul criterio della ragionevolezza della scelta legislativa compiuta.

Tale criterio, come approfondito nel primo capitolo, risulta accettato come metro di giudizio della Corte Costituzionale, poiché presuppone una valutazione che non entra nel merito della scelta legislativa, bensì si limita a sindacarne i profili di manifesta irragionevolezza e incongruità rispetto ai principi costituzionali, e non può dunque considerarsi un giudizio di opportunità o convenienza della scelta legislativa in violazione dell'art. 28 l. 87/1953.

Inoltre, il giudizio di dosimetria sanzionatoria è funzionale ad attuare i principi di proporzionalità e congruità della pena, che non sarebbero rispettati mantenendo in vigore l'originaria norma incostituzionale, senza compromettere il principio di certezza del diritto, come invece avverrebbe mediante una declaratoria di incostituzionalità.

Infatti, mentre con il giudizio di dosimetria sanzionatoria la Corte Costituzionale limita le condotte ricomprese nella norma o la cornice edittale per quest'ultima prevista, pur mantenendo in vita la fattispecie di reato, con una pronuncia di incostituzionalità totale sarebbe l'intera fattispecie ad essere eliminata, con conseguente espunzione della stessa dall'ambito penalmente rilevante.

Ciò produrrebbe una disparità di trattamento tra i casi antecedenti alla declaratoria di incostituzionalità, in quanto le pronunce della Corte Costituzionale sono soggette al limite dei rapporti esauriti, e produrrebbe un'incertezza di diritto, nonché una maggior compromissione della competenza legislativa in materia penale.

Tale maggior compromissione si rileva nella rimozione di un'intera fattispecie di reato, che il legislatore ritiene idonea a costituire un illecito penale, dalla sfera del

⁹⁹ E. M. Ambrosetti, "Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?", in *dis crimen*, 23/05/2019, 13

penalmente rilevante ad opera della Corte Costituzionale, nonostante la declaratoria di incostituzionalità risulti formalmente meno invasiva di una pronuncia manipolativa, in quanto tuttavia la seconda consente di mantenere, seppur parzialmente, l'idea originaria del legislatore, vertendo il giudizio sull' incongruenza tra i principi costituzionali e il permanere soltanto di talune ipotesi all'interno della fattispecie di reato, mentre la prima determina, nei fatti, una scelta di depenalizzazione, seppure rimediabile successivamente dal legislatore attraverso l'emanazione di una nuova norma penale che, tanto nelle condotte individuate quali ipotesi di reato tanto nella sanzione prevista, ripristini l'ipotesi di reato espunta dal sistema penale con la declaratoria di incostituzionalità, con una differente formulazione costituzionalmente legittima.

Per tale motivo, è possibile affermare che i giudizi di dosimetria sanzionatoria, pur comportando una modifica della scelta legislativa ed una manipolazione del contenuto normativo, consentano nei casi di evidente sproporzione nei quali tuttavia sia ritenuto necessario conservare almeno parzialmente l'ipotesi di reato prevista, di ovviare alla temporanea lacuna di disciplina che sarebbe causata da una declaratoria di incostituzionalità ed al rischio per la Corte Costituzionale di effettuare una scelta di depenalizzazione che, pur se giustificata in quanto attinente ai profili di legittimità della norma penale, maggiormente si avvicina ad una decisione di politica criminale.

Infatti, sebbene sia possibile parlare di lacune volontarie all'interno dell'ordinamento, ed in particolar modo in materia penale, tale possibilità si riferisce alla scelta del legislatore di non disciplinare una determinata fattispecie e, dunque, in ambito penale, di non configurare determinate condotte come ipotesi di reato.

In ipotesi di declaratoria di incostituzionalità non è possibile identificare la lacuna come volontaria, in quanto si tratta di fattispecie che il legislatore ha disciplinato come reato e ritenuto tali sino all'intervento della pronuncia di incostituzionalità.

Più in particolare, sarebbe possibile far riferimento ad una successiva lacuna volontaria qualora la ragione dell'incostituzionalità della norma fosse rinvenibile nell'assenza di un'attuale opportunità della medesima, per mutamento dei valori della società e del disvalore associato ad una determinata condotta, e non invece in relazione alle lacune conseguite ad una declaratoria di incostituzionalità basata su altri profili di illegittimità della norma, quali la sproporzione del trattamento sanzionatorio, la

formulazione eccessivamente generica della disposizione o la riconduzione all'interno della fattispecie di reato di condotte non pertinenti alla fattispecie stessa.

Alla luce di ciò, si può affermare che il giudizio di dosimetria sanzionatoria, pur manipolativo del contenuto della disposizione di legge penale, appare maggiormente in linea con il principio di divisione della sfera giurisdizionale dalla sfera politica di competenza del legislatore rispetto alla semplice declaratoria di incostituzionalità qualora sia in gioco la permanenza e la regolamentazione di un'ipotesi di reato all'interno del sistema penale.

In tal modo la riserva di legge risulta rispettata, in quanto la Corte Costituzionale non espunge dalla sfera del penalmente rilevante quanto stabilito dal legislatore, tuttavia le modifiche manipolative attuate mediante la tecnica del giudizio di dosimetria sanzionatoria sono necessarie ai fini dell'attuazione delle garanzie costituzionali.

Infatti, l'art. 25 co.2 Cost. prescrive soltanto la competenza esclusiva del legislatore nelle determinazioni in materia penale, e non la creazione di una zona franca esente dal controllo di legittimità costituzionale, al contrario, incidendo notevolmente la materia penale sui diritti fondamentali dell'individuo, fra tutti si pensi alla facoltà della legge penale di limitare la libertà personale, dev'essere garantito un effettivo controllo sul rispetto dei principi costituzionali e delle garanzie fornite dalla Costituzione, e si ricorda che tale bilanciamento tra l'esigenza di tipo sanzionatorio penale a tutela di determinati beni giuridici ed i controdiritti previsti dalla carta costituzionale spetta, per definizione e senza limiti sul controllo di legittimità ex art. 134 Cost., alla Corte Costituzionale.

Sotto tale accezione, la Consulta nell'effettuare il bilanciamento tra principi costituzionali e necessità sanzionatorie appare configurare in sé ambedue le alternative prospettatesi al momento della creazione dell'organo di chiusura dell'ordinamento: da un lato essa appare giudice dei principi e delle garanzie generali, assicurandone la corretta applicazione, e dall'altro appare anche giudice dei diritti, in quanto risulta effettuare anche un controllo a tutela dei diritti soggettivi, intesi con essi i controdiritti sopra citati che, specie in materia penale, rischiano di essere compromessi dal permanere nell'ordinamento della disposizione di legge priva delle modifiche necessarie, seppure all'interno dell'ordinamento italiano sia data prevalenza alla prima

inclinazione, preferendo il rispetto delle garanzie generali ancor prima della tutela dei casi concreti, comunque affidata alla corretta attuazione delle finalità della prima natura.

I limiti al sindacato della Corte Costituzionale, come anticipato, risiedono nel merito della legge inteso come opportunità e convenienza della scelta legislativa effettuata e nel carattere politico della medesima scelta, ma il bilanciamento che la Consulta è chiamata dai giudici a quibus ad effettuare sulle norme oggetto di giudizio di costituzionalità, ivi compreso il giudizio di dosimetria sanzionatoria ad esito manipolativo, opera sui principi di diritto e non sulle ragioni politiche sottese alla permanenza della disposizione nell'ordinamento, ed è dunque doveroso, non essendo previsti limiti al sindacato sulle questioni di diritto, garantire l'effettività di tale bilanciamento, senza che un eccessivo rigore formale nel rispetto della discrezionalità legislativa comporti la creazione di zone grigie all'interno dell'ordinamento.

A ben vedere, proprio nell'effettività del controllo di costituzionalità in tutti gli ambiti di diritto è possibile ravvisare l'attuazione della separazione tra sfera politica e sfera giurisdizionale, in quanto tale separazione non è finalizzata al solo rispetto della discrezionalità legislativa, bensì anche a garantire la terzietà del giudice delle leggi in funzione del suo compito di garantire il rispetto della Costituzione, fine questo attuabile soltanto attraverso un controllo di legittimità che non trovi limiti in zone di insindacabilità, per altro non previste nell'ordinamento.

A tal fine, le sentenze manipolative consentono l'estensione del controllo di costituzionalità senza che dalla pronuncia derivi una situazione di lacuna e di incertezza di diritto, conservando inoltre quanto più possibile dell'intenzione originaria del legislatore, in quanto la Corte Costituzionale, in ipotesi oltre la soglia di tollerabilità della permanenza dell'incostituzionalità, modifica soltanto la parte della disposizione di legge che non consente di attuare il corretto bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco.

Scopo delle sentenze manipolative, infatti, come ben si evince dalla struttura dei giudizi di dosimetria sanzionatoria, è riportare a coerenza la scelta legislativa effettuata per la norma in esame con la Costituzione, sostituendo il vulnus di incostituzionalità con una condizione che consenta la corretta attuazione delle garanzie costituzionali.

Sebbene tale finalità risulti più evidente, come accennato, nei giudizi di dosimetria sanzionatoria, in quanto in essi la Corte Costituzionale, una volta individuata la sproporzione del trattamento sanzionatorio ed i *tertium comparationis* a parametro, bilancia le sanzioni previste tenendo i *tertium comparationis*, che devono essere a loro volta conformi a Costituzione, quali punti di riferimento, tuttavia la medesima finalità può ravvisarsi anche in giudizi manipolativi di altra natura, escludendo dall'ambito penale, come detto sopra, le sole sentenze manipolative additive di regola.

In particolare, anche in ipotesi di pronuncia additiva di principio o di pronuncia manipolativa sostitutiva, è possibile ravvisare la volontà di riportare a coerenza costituzionale la disposizione, in quanto la Corte Costituzionale, proprio come avviene nei giudizi di dosimetria sanzionatoria con l'utilizzo dei *tertium comparationis*, individua la modifica che rende la legge conforme a Costituzione e sostituisce l'elemento di *vulnus* di incostituzionalità con la disciplina che consente una corretta applicazione delle garanzie costituzionali in ipotesi di sentenza manipolativa sostitutiva, limitandosi invece con una pronuncia additiva di principio a dichiarare incostituzionale la parte della disposizione recante il *vulnus* di incostituzionalità e ad individuare i principi da seguire per ricostruire una normativa costituzionale, tentando così, seppur come visto meno efficacemente rispetto a quanto ottenuto con tecniche decisorie differenti, di limitare l'effetto demolitivo della propria pronuncia per non compromettere il principio di certezza del diritto.

Tuttavia, volendo analizzare nel dettaglio i risvolti delle tecniche decisorie utilizzabili dalla Corte Costituzionale in funzione di una decisione manipolativa ed il corretto inserimento di quest'ultima in materia penale, si ravvisa come la pronuncia additiva di principio, per quanto, come detto per la declaratoria di incostituzionalità, formalmente più rispettosa del principio di riserva di legge in quanto non intaccante la sfera di discrezionalità legislativa con una modifica diretta della norma da parte della Consulta, se utilizzata in materia penale determinerebbe, in definitiva, una maggior compromissione della riserva di legge e del principio di legalità rispetto ad una pronuncia additiva sostitutiva.

Tale affermazione trova la propria ragione nel fatto che, come dimostratosi nella prassi applicativa, accade di rado che il legislatore proceda, in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale, ad una modifica della norma in linea con i principi indicati

in sentenza, e dunque, sono i singoli giudici a regolare i casi concreti mediante una propria applicazione dei principi dettati dalla Corte Costituzionale alla situazione in esame.

Un'applicazione in via pretoria da parte dei singoli giudici, per quanto giustificata dal mancato intervento riformativo del legislatore, implicherebbe dunque nella materia penale una maggiore compromissione del principio di riserva di legge, in quanto le interpretazioni dei giudici dei principi indicati dalla Corte Costituzionale potrebbero avere esiti differenti, determinando quindi non solo una molteplicità di determinazioni differenti in ordine alla medesima fattispecie, e ciò risulta in aperto contrasto con quanto previsto dall'art. 25 co.2 Cost. e dal corollario principio di riserva di legge, bensì anche il trattamento diverso di casi analoghi in base all'interpretazione fornita da ogni singolo giudice, determinando così un aperto contrasto con il principio di uguaglianza ex art. 2 Cost.

Alla luce di quanto appena analizzato, giova ricordare in questa sede come la Corte Costituzionale non si limiti a scegliere le tecniche decisorie più adatte al fine di garantire il rispetto dei principi costituzionali, bensì valuti anche di scegliere la tecnica che comporti al resto dei principi e dell'ordinamento il minor pregiudizio possibile, effettuando già al momento della tecnica decisoria un bilanciamento non solo tra garanzie costituzionali e rispetto della riserva di legge, bensì una valutazione che tenga conto anche dei restanti principi, quali la tutela della certezza del diritto e, in materia penale, la tutela controdiritti individuali.

2. *Il bilanciamento tra il principio di riserva di legge e gli altri principi costituzionali nelle pronunce manipolative in materia penale*

Alla luce di quanto espresso sinora, appare necessario ora procedere nella trattazione indagando le motivazioni sottese alla scelta della Corte Costituzionale di intervenire con sentenze manipolative in materia penale in rapporto all'inerzia legislativa che determina l'intollerabilità del permanere del vulnus di incostituzionalità nel sistema, ed è inoltre necessario soffermarsi sul punto focale della presente trattazione, ossia sulla natura giuridica del bilanciamento tra la riserva di legge e gli altri principi costituzionali, al fine di determinare se, come sostiene la tesi più rigorosa,

l'attività della Corte Costituzionale debba essere finalizzata al rispetto di quest'ultima oppure se, come una tesi più elastica consente di valutare, il principio di riserva di legge debba essere considerato al pari degli altri principi costituzionali coinvolti nei casi concreti e, dunque, l'operato della Consulta debba piuttosto essere atto a riportare ad una situazione di parità il principio di riserva di legge e gli altri principi costituzionali.

In particolare, occorre anzitutto indagare la motivazione che spinge la Corte Costituzionale ad individuare, mediante la tecnica del rinvio a data fissa ma anche della semplice inammissibilità con monito, il suddetto limite di tollerabilità dell'incostituzionalità, oltrepassato il quale la riserva di legge risulta, come visto, cedevole rispetto alla necessità di tutela delle garanzie costituzionali.

In tali ipotesi, la Corte Costituzionale giunge a pronunciare una sentenza manipolativa poiché il legislatore persiste nella propria inerzia a seguito dei moniti o dei termini assegnati per provvedere alla modifica della normativa, dunque, il fine primo della Consulta non è rinvenibile nella modifica apportata mediante la pronuncia manipolativa, bensì in un tentativo di collaborazione con il legislatore, a sua volta finalizzato al rispetto tanto della riserva di legge quanto dei riprecipiti costituzionali violati dalla norma oggetto di giudizio di costituzionalità.¹⁰⁰

Dunque, è possibile ravvisare un primo tentativo della Corte Costituzionale di continuare ad aderire alla tesi più rigida, attenta al rispetto anzitutto formale della divisione delle competenze e del principio di riserva di legge, che tuttavia non risulta attuabile a causa del silenzio del legislatore; tale visione sarebbe infatti attuabile soltanto se il legislatore dialogasse attivamente con la Consulta.

In tal caso, l'astensione della Corte Costituzionale rispetto alle modifiche necessarie alla normativa e la produzione legislativa sarebbero in equilibrio, in quanto la Consulta tollererebbe il permanere del vulnus di incostituzionalità nell'ordinamento per il breve tempo necessario al legislatore al fine di modificare la disposizione di legge per riportarla a coerenza, e la stessa Corte si limiterebbe, secondo l'originario modello, a verificare il rispetto della Costituzione.

Secondo il modello appena esposto, la Corte Costituzionale darebbe attuazione al proprio ruolo di garante della Costituzione ed organo di chiusura dando prevalenza

¹⁰⁰ R. Romboli, "Giudice e legislatore nella tutela dei diritti", 12 e ss

alla propria natura giurisdizionale, in quanto continuerebbe ad esercitare il controllo di costituzionalità sulle norme integrando il modello accoglimento-rigetto con uno strumento extragiurisdizionale, ossia il dialogo con il legislatore, che garantirebbe la corretta applicazione dei principi costituzionali anche senza un intervento ai limiti dei confini con la discrezionalità legislativa.¹⁰¹

Tuttavia, il suddetto modello implica un bilanciamento tra astensione della Corte Costituzionale e attività legislativa che, come visto nei primi anni di attività della Consulta, non si realizza in concreto anche in ragione delle tempistiche di produzione legislativa.

Infatti, il legislatore, che non è coercibile nel provvedere alle modifiche normative indicate dalla Corte Costituzionale, non contribuisce con la propria inerzia al rispetto delle garanzie costituzionali.

Sotto tale prospettiva appare dunque impossibile adottare un modello che implichi l'astensione della Consulta in ossequio al rispetto della riserva di legge rigidamente intesa, in quanto se ciò accadesse si riscontrerebbe uno sbilanciamento a favore della tutela della discrezionalità legislativa tanto dal punto di vista formale quanto dal punto di vista sostanziale, senza però alcuna garanzia circa la piena attuazione dei restanti principi costituzionali, in quanto quest'ultima sarebbe rimessa, nei casi in cui un intervento della Corte Costituzionale ricadrebbe nella sfera di competenza della discrezionalità legislativa, all'eventualità, nella prassi sempre più remota, di un intervento legislativo modificativo della disposizione oppure, in assenza di quest'ultimo, ad una declaratoria di incostituzionalità che genererebbe il rischio di apportare più carenze che effettiva tutela.

Preso atto dell'incompatibilità del modello connesso alla rigida interpretazione della riserva di legge, che causerebbe dunque uno sbilanciamento in termini di carenza di tutela degli altri principi costituzionali, è necessario per la Corte Costituzionale intervenire mediante l'adozione di un modello più elastico al fine di riportare la riserva di legge e gli altri principi costituzionali ad un corretto bilanciamento.

In particolare, la struttura delle sentenze manipolative consente di contemperare i due principi di legalità, dei delitti e delle pene e costituzionale, poiché con essa la

¹⁰¹ M. Ruotolo, "L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale", 662

Consulta mantiene in vigore una parte della volontà originaria del legislatore e modifica invece la parte della disposizione che risulta non costituzionalmente conforme in modo da ricondurla in linea con le garanzie costituzionalmente previste.

Sebbene la norma come risultante in seguito al giudizio manipolativo della Corte Costituzionale non possa corrispondere in tutto all'interpretazione originaria che il legislatore ha dato a tale norma in sede di produzione, giova in questa sede ricordare che tale significato originario, in quanto contrario a Costituzione, non sarebbe potuto in ogni caso permanente all'interno dell'ordinamento, e che a seguito di una declaratoria di incostituzionalità sarebbe sì il legislatore e non la Consulta a decidere il contenuto della nuova disposizione di legge, tuttavia anche in tale nuova formulazione il legislatore sarebbe vincolato al rispetto dei principi costituzionali in precedenza violati dalla prima formulazione della norma, raggiungendo dunque, presumibilmente, un risultato affine a quello emergente dal contenuto della disposizione di legge ad esito della pronuncia manipolativa.

Proprio sulla competenza del legislatore a riformare il contenuto della norma in ipotesi di incostituzionalità di una disposizione la cui modifica implicherebbe uno sconfinamento nella discrezionalità legislativa verte la critica maggiormente rivolta all'utilizzo da parte della Corte Costituzionale delle sentenze manipolative.

Tuttavia, è possibile ritenere che tale intervento sia in primis necessario affinché ai principi costituzionali venga data tutela effettiva e rapida, considerando che ciò non sarebbe possibile se si attendesse, senza alcuna misura che consenta di ribilanciare i valori in gioco, un intervento del legislatore a seguito dei moniti della Consulta, ed in secundis giova, come sopra anticipato, rinvenire le analogie tra la determinazione assunta dalla Corte Costituzionale mediante la sentenza manipolativa e quanto dovrebbe stabilire il legislatore al fine di colmare la lacuna di disciplina a seguito di una declaratoria di incostituzionalità.

In tal caso, infatti, il legislatore sarebbe chiamato a determinare il contenuto della nuova disposizione di legge tenendo conto dei principi costituzionali in precedenza compromessi dalla norma.

Inoltre, anche qualora il legislatore volesse attribuire alla nuova norma una portata differente da quella stabilita dalla Corte Costituzionale nella sentenza manipolativa e pur sempre conforme a Costituzione, tenuto conto del maggior lasso di tempo

necessario al legislatore per produrre una nuova norma rispetto alle tempistiche della Consulta di risoluzione della questione, appare ragionevole sostenere che l'intervento modificativo del legislatore possa intervenire in un momento successivo rispetto alla sentenza manipolativa.

In tal modo è possibile conferire alle garanzie costituzionali immediata attuazione mediante il bilanciamento effettuato dalla Corte Costituzionale nella sentenza manipolativa, in quanto se tale tutela fosse affidata solamente alle modifiche effettuabili dal legislatore tali garanzie rimarrebbero inattuate per un lasso di tempo maggiore, senza tuttavia precludere al legislatore la possibilità di esercitare successivamente la propria discrezionalità legislativa riformando, sempre in modo costituzionalmente conforme, la materia già stata oggetto della pronuncia manipolativa.

Il contenuto della norma riformata dalla sentenza manipolativa non costituisce, dunque, un vincolo perpetuo per il legislatore, il quale può ritenere in qualsiasi momento di modificare la disciplina prevista purchè tale modifica attui comunque le garanzie costituzionali, e tuttavia si rivela, considerati a titolo esemplificativo i casi concreti analizzati nella presente trattazione, l'unico strumento utile alla Corte Costituzionale per sopperire alla mancanza di dialogo con il legislatore e garantire il rispetto della Costituzione.

In particolare, in materia penale lo strumento rappresentato dalle sentenze manipolative costituisce, specie in ipotesi di giudizi di dosimetria sanzionatoria, formalmente una maggior compromissione del principio di riserva di legge, e tuttavia una maggior garanzie per i destinatari della norma penale, atta a preservare tanto nella definizione delle fattispecie di reato quanto nella determinazione delle cornici edittali i principi costituzionali¹⁰² e, conseguentemente, la tutela dei diritti individuali, poiché, come sopra analizzato, il vuoto di disciplina intercorrente tra una declaratoria di incostituzionalità e un successivo intervento del legislatore di creazione di una nuova norma rischierebbe di compromettere la prevedibilità delle decisioni processuali ed i principi di uguaglianza e di certezza del diritto.

Si rammenta inoltre che la Corte Costituzionale è l'organo di chiusura dell'ordinamento, del quale è giudice ultimo, ed è dunque preposta alla verifica della

¹⁰² M. Picchi, "Leale e dialettica collaborazione fra Corte costituzionale e Parlamento", 3

correttezza delle leggi rispetto alla Costituzione, qualora si ravvisino delle incoerenze all'interno delle disposizioni di legge o qualora il legislatore non abbia agito con ragionevolezza¹⁰³ nella fase di produzione normativa, scopo della Corte Costituzionale è ripristinare il corretto funzionamento delle garanzie costituzionali nel più breve tempo possibile, e a tal fine la Consulta è di recente intervenuta con le nuove tecniche in questa trattazione analizzate, in quanto non appare possibile, al fine di permanere nella tesi tradizionale di maggior rigore formale, attendere sine die l'intervento legislativo.

In particolare, la tesi tradizionale, come sopra anticipato, presupporrebbe un rapporto di dialogo e collaborazione tra la Consulta ed il legislatore, che la prima tuttora tenta di incentivare mediante l'utilizzo delle nuove tecniche decisorie, dando preminenza, almeno in una prima fase, al rispetto della riserva legislativa nell'accezione anche formalistica di quest'ultima, e dunque mediante una prima astensione della Corte Costituzionale dall'intervenire modificando una disposizione di legge la cui riforma spetterebbe al legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità.

A tal proposito, appare utile al fine di meglio comprendere il rapporto tra la Corte Costituzionale ed il legislatore e l'influenza delle tecniche decisorie della prima sull'attività del secondo, analizzare quanto accade nell'ordinamento tedesco con l'Unvereinbarkeitserklärung¹⁰⁴, tecnica del Tribunale Federale tedesco affine al rinvio a data fissa sotto il profilo strutturale e per finalità¹⁰⁵.

In particolare, la tecnica dell'Unvereinbarkeitserklärung riporta elementi affini alla tecnica del rinvio a data fissa ed elementi di identità con le pronunce di inammissibilità con monito al legislatore, in quanto essa si compone di una prima fase di accertamento dell'incompatibilità della disposizione di legge con la Costituzione Federale con un monito al legislatore in ordine alla modifica della stessa, e di una

¹⁰³ E. Malfatti, S.Panizza, R.Romboli, "giustizia costituzionale", Torino, 2018, 75

¹⁰⁴ Maria Theresa Rörig, "le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca", servizio studi della Corte Costituzionale, area di diritto comparato

¹⁰⁵ D.Paris, "Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n.207/2018 della Corte costituzionale", in Corti supreme e salute, n.3/2018, 489 ss., relativamente all'ordinanza n.207/2018 quale pronuncia di unvereinbarkeit all'italiana

seconda fase di declaratoria di incostituzionalità qualora il legislatore rimanga inerte.¹⁰⁶

Nell'utilizzare tale tecnica, il tribunale tedesco rivolge al legislatore moniti tanto più stringenti in ordine alla riformulazione della legge quanto più il bilanciamento corretto risulti a rime obbligate, al fine di ottenere una modifica della norma che rispetti i requisiti della compatibilità a Costituzione.

Similmente a quanto accade nell'ordinamento italiano in riferimento alle pronunce di inammissibilità con monito, la tecnica decisoria tedesca viene utilizzata dal Tribunale Federale specialmente in relazione a disposizioni di legge che comportano l'esercizio della discrezionalità legislativa, in particolare negli ambiti di diritto tributario, elettorale e penale¹⁰⁷.

In particolare, la similitudine con le pronunce della Corte Costituzionale italiana si ravvisa sia nell'individuazione degli ambiti applicativi, essendo considerate da entrambi gli ordinamenti come delicate dal punto di vista dei confini del rispetto della discrezionalità legislativa le modifiche relative a norme penali, tributarie ed elettorali, sia nella struttura della tecnica stessa.

In particolare, è possibile assimilare le pronunce di unvereinbarkeit dai moniti più stringenti al rinvio a data fissa italiano, in quanto, a differenza di quanto accade con le pronunce italiane di inammissibilità con monito, nell'ordinamento tedesco già dalla pronuncia di incompatibilità, che è antecedente all'eventuale declaratoria di incostituzionalità, è sospesa l'applicazione nei giudizi a quibus della norma incompatibile.

Affinchè tale sospensione non provochi un vuoto di disciplina assimilabile a quello che implicherebbe la pronuncia di incostituzionalità, il Tribunale Federale può indicare nella sentenza di incompatibilità il termine entro cui provvedere alla modifica della normativa, in mancanza del quale è sottinteso che il legislatore debba attuare le modifiche tempestivamente; al medesimo fine il tribunale federale può parimenti

¹⁰⁶ Erik Furno, "il caso Cappato ovvero dell' attivismo giudiziario", in Osservatorio Costituzionale, fasc. 1/2020, 309

¹⁰⁷ H. Lechner R. Zuch, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Munchen, 1996, 138.

introdurre una disciplina transitoria applicabile nei giudizi a quibus finché ad essa non sostituirà la nuova normativa prodotta dal legislatore.¹⁰⁸

In tale facoltà del tribunale federale di stabilire una disciplina transitoria è possibile, dunque, rinvenire una spiccata similitudine con quanto avviene nell'ordinamento italiano attraverso le sentenze manipolative, in quanto anche la Corte Costituzionale provvede a modificare la normativa per non creare un vuoto ordinamentale con l'incostituzionalità e al contempo evitare che l'applicazione della disciplina incostituzionale pregiudichi le garanzie costituzionali, tuttavia le modifiche adottate dalla Corte Costituzionale mediante la sentenza manipolativa non assumono il carattere della transitorietà, bensì della stabilità qualora non vi sia un intervento legislativo di modifica successivo alla sentenza manipolativa.

Inoltre, l'ordinamento tedesco, similmente a quanto delineato dalla Corte Costituzionale italiana in relazione alle sentenze manipolative, adotta la sopra citata tecnica al fine di non generare nell'ordinamento una situazione di maggior incostituzionalità mediante una lacuna conseguente alla declaratoria di incostituzionalità, rispetto a quanto si prospetta con la permanenza della norma incompatibile all'interno dell'ordinamento, in quanto verrebbe compromesso il principio di continuità, caposaldo dell'ordinamento tedesco.

L'adozione della tecnica dell'unvereinbarkeit è indice del fatto che, parimenti a quanto analizzato in relazione alle pronunce italiane che fanno seguito all'inammissibilità con monito, è prevista anche nell'ordinamento tedesco una gradualità dell'incostituzionalità, che viene ravvisata non già come incostituzionalità, bensì come incompatibilità sino alla soglia di tollerabilità, oltre la quale il Tribunale Federale provvede alla rimozione della norma dall'ordinamento.

In particolare, è possibile ravvisare nel sistema di giustizia costituzionale tedesco una duplice tipologia di pronunce atte a dialogare con il legislatore, entrambe implicanti la comunicazione con quest'ultimo mediante l'utilizzo di moniti.

La prima tecnica prevede un monito al legislatore non stringente, bensì di semplice indicazione dei principi da seguire per una riforma futura della disciplina, espresso mediante una sentenza di "ancora costituzionalità" avente lo scopo di informare il

¹⁰⁸ M. T. Rorig, " le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca", servizio studi della Corte Costituzionale, area di diritto comparato, 27 e ss

legislatore che, benché la disciplina attuale possa ancora definirsi compatibile con la Costituzione Federale, sarà necessario apporvi delle modifiche affinché non derivi dalla sua applicazione un'incompatibilità.

La seconda tecnica, ovvero l'*Unvereinbarkeitserklärung*, implica invece un monito più stringente al legislatore, in quanto la disciplina viene già ritenuta dal Tribunale Federale incompatibile con la carta costituzionale, ma può essere modificata dal legislatore nel più breve tempo possibile al fine di non oltrepassare la soglia di tollerabilità dell'incompatibilità nell'ordinamento, e di evitare dunque la creazione di un vuoto di disciplina.

Inoltre, occorre in questa sede precisare che, benché la normativa sul punto risulti dal dato letterale affine rispetto a quanto previsto dall'ordinamento italiano, è percepita nell'ordinamento tedesco una maggior soglia di coercibilità dell'intervento legislativo, poiché il legislatore risulta tenuto ad intervenire modificando la disciplina incompatibile in seguito ai moniti del Tribunale Federale in quanto sottoposto all'ordinamento costituzionale¹⁰⁹.

Alla luce di quanto analizzato in relazione al funzionamento dell'*unvereinbarkeit* nel sistema di giustizia costituzionale tedesco, è possibile attuare un raffronto con le pronunce della Corte Costituzionale italiana, al fine di rinvenire un eventuale spunto in rapporto al bilanciamento tra la necessità di attuazione delle garanzie costituzionali ed il rispetto della discrezionalità legislativa.

In particolare, è possibile anzitutto notare come la tecnica decisoria tedesca, pur se ascrivibile alle pronunce di inammissibilità con monito, cui come nell'ordinamento italiano fa seguito in caso di inerzia legislativa una pronuncia di incostituzionalità, sia dotata di una maggiore efficacia dal punto di vista del dialogo con il legislatore.

La maggiore efficacia della tecnica tedesca, come la casistica delle pronunce del Tribunale Federale dimostra, è dovuta anzitutto alla possibilità di apporre un termine entro cui il legislatore deve provvedere alla modifica della normativa, inoltre, come ricordato in precedenza, dall'art. 20 L.F. è possibile dedurre come la percezione della vincolatività delle pronunce di inammissibilità con monito da parte del legislatore sia diversa rispetto a quanto accade nell'ordinamento italiano, essendo considerato un

¹⁰⁹ Art. 20 L.F. tedesca: " la legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge ed al diritto"

dovere procedere alla modifica della disposizione di legge come indicato dal Tribunale Federale.

Per tale motivo, in Germania è ancora possibile accogliere la tesi formalista sul rispetto della riserva di legge, potendo il Tribunale Federale garantire l'attuazione delle garanzie previste con l'utilizzo delle pronunce di inammissibilità con monito ed essendovi un dialogo maggiore con il legislatore.

Tuttavia, seppure la riserva di legge possa dirsi in Germania rispettata secondo la tesi formalista, ciò che differenzia tale situazione dall'ordinamento italiano, e che consente di dare pari effettività alla riserva di legge ed al controllo di costituzionalità, è il presupposto per il quale il legislatore è sottoposto al controllo costituzionale ed è coercibile nel proprio dovere di modifica delle norme.

In particolare, a tale coercibilità viene data effettività attraverso le indicazioni dettagliate di modifica che il Tribunale Federale espone nelle pronunce di incompatibilità, ed inoltre attraverso l'apposizione di un termine entro cui provvedere alla modifica che, se non espresso, si intende come urgenza cui il legislatore deve provvedere tempestivamente.

Per tale motivo, il legislatore tedesco adempie ai moniti con molta più frequenza rispetto a quanto si verifica nell'ordinamento italiano e, dunque, per il Tribunale Federale tedesco non è necessario, nelle ipotesi in cui ciò implicherebbe uno sconfinamento nella sfera di discrezionalità legislativa, intervenire con pronunce dai risvolti modificativi della disciplina di legge quali le sentenze manipolative della Corte Costituzionale italiana, essendo invece sufficiente al più predisporre una disciplina transitoria.

Tuttavia, le sentenze manipolative risultano invece necessarie nell'ordinamento italiano in ragione della diversa struttura delle pronunce di inammissibilità con monito e, più in generale, del rapporto tra Corte Costituzionale e legislatore, poiché in caso contrario le garanzie costituzionali rimarrebbero inattuate.

In particolare, ciò che rende la tecnica dell'inammissibilità con monito meno efficace dell'*unvereinbarkeit* tedesca, è la non coercibilità dell'intervento del legislatore e la mera eventualità di una successiva pronuncia di incostituzionalità anche in ipotesi di inerzia di quest'ultimo, non essendo sufficiente, come invece accade nell'ordinamento tedesco, che vi sia un'incompatibilità affinché l'applicazione della

norma ai giudizi a quibus sia sospesa, bensì essendo necessaria la riproposizione della questione di costituzionalità affinché la norma incostituzionale sia eliminata o modificata.

Inoltre, si ravvisa una sostanziale differenza quanto agli indici di gradualità dell'incostituzionalità nei due ordinamenti ed alla soglia di tollerabilità, nel sistema costituzionale tedesco prestabilita alla data indicata dal Tribunale Federale nella pronuncia di incompatibilità, ed invece ravvisabile nell'ordinamento italiano nell'eventuale riproposizione della questione di legittimità costituzionale; in particolare, nell'ordinamento tedesco non viene tollerata un'incostituzionalità già accertata ma non dichiarata, bensì un'incompatibilità, intendendo con essa che la norma in questione sfocerà nell'incostituzionalità in assenza di una modifica della stessa.

Dunque, mentre nell'ordinamento italiano la soglia di tollerabilità riguarda l'incostituzionalità già presente, nell'ordinamento tedesco l'incostituzionalità non è tollerata, bensì prevenuta mediante i moniti contenuti nelle pronunce di incompatibilità.

Sebbene la tecnica del rinvio a data fissa conferisca al legislatore un termine similmente a quanto avviene con la tecnica decisoria tedesca, è possibile ravvisare una duplice motivazione per cui i risultati delle due tecniche decisorie affini abbiano esiti opposti.

Una prima motivazione riguarda la novità rappresentata nell'ordinamento italiano dalla tecnica del rinvio a data fissa, utilizzato dalla Corte Costituzionale in rare occasioni e senza la finalità di dialogo che emerge dall'ord. 207/2018 in poi, non trattandosi di una tecnica decisoria consolidata nella prassi o disciplinata dalle norme integrative, i primi due tentativi della Corte Costituzionale di instaurare un dialogo con il legislatore attraverso tale tecnica non hanno dato l'esito auspicato dalla Consulta.

La seconda motivazione, strettamente connessa alla prima, è individuabile nella mancanza di dialogo e collaborazione tra legislatore e Corte Costituzionale, non essendo ravvisabile una base antecedente all'ord. 207/2018 che in un certo qual modo risulti idonea a veicolare il legislatore verso il dovere di modifica della normativa, dato per implicito nell'ordinamento tedesco ed invece non attuato nel sistema di giustizia costituzionale italiano.

In particolare, nell'ordinamento tedesco è considerato legittimo per prassi, seppur non esplicitato nella Costituzione Federale, che il Tribunale Federale si avvalga dei propri poteri di gestione del processo per sospendere l'applicazione delle norme incompatibili con il dettato costituzionale e per individuare le eventuali disposizioni transitorie applicabili, mentre nell'ordinamento italiano ciò appare una novità introdotta dall'ord. 207/2018, e, non essendo l'istituto italiano del rinvio a data fissa coincidente con quello tedesco sotto il profilo della transitorietà delle norme create dal Tribunale Federale al fine di evitare il vuoto di disciplina, incontra la resistenza del legislatore più che la collaborazione dello stesso.

Sebbene, come giova ricordare, anche le disposizioni introdotte dalla Corte Costituzionale italiana mediante le sentenze manipolative siano successivamente modificabili dal legislatore mediante la produzione di una nuova normativa che sia conforme ai principi costituzionali, allo stato attuale, per i motivi sopra indicati, appare impraticabile la tesi formalista del rispetto del principio di riserva di legge in quanto, a fronte dell'inerzia legislativa persistente anche all'esito delle più recenti tecniche decisorie della Corte Costituzionale, l'accoglimento di tale tesi implicherebbe l'inattuazione delle garanzie costituzionali se la Consulta dovesse intraprendere la scelta dell'astensione dall'intervento nei casi in cui la norma dubbiata di incostituzionalità ricada nella sfera della discrezionalità legislativa, oppure ancora il crearsi di lacune ordinamentali che non consentirebbero la piena attuazione dei principi costituzionali qualora la Corte Costituzionale dovesse procedere soltanto nella via della declaratoria di incostituzionalità per far fronte all'inerzia del legislatore, così come prescritto dalla tecnica decisoria tedesca, la quale tuttavia non giunge a tali esiti, riscontrandosi al contrario una risposta modificativa della norma incompatibile da parte del legislatore.

Alla luce di quanto sinora analizzato sono il profilo comparatistico, è possibile affermare che l'adozione della tecnica dell'*unvereinbarkeit* tedesca da parte della Corte Costituzionale italiana non risolverebbe il problema della mancanza del rigoroso rispetto anche sul piano formale della riserva di legge, in quanto a monte vi è la mancanza di dialogo tra Corte Costituzionale e legislatore, con conseguenti la persistenza nell'inerzia di quest'ultimo e gli interventi modificativi di carattere

manipolativo della Consulta al fine di garantire la conformità a Costituzione e la tutela delle garanzie costituzionali.

Ciò che invece a parere di chi scrive gioverebbe al fine di intensificare il dialogo tra Corte Costituzionale e legislatore, è la giurisdizionalizzazione delle nuove tecniche decisorie utilizzate dalla Consulta, in quanto un costante orientamento che prediliga, in ipotesi di confini incerti tra discrezionalità legislativa ed attività della Corte, la tecnica della doppia pronuncia assegnando un termine per la modifica della disposizione di legge anziché un ritorno alle pronunce di inammissibilità con monito al legislatore con la scarsa vincolatività delle stesse per il Parlamento, potrebbe facilitare incentivare la collaborazione tra potere legislativo ed organo di chiusura dell'ordinamento.

A tal fine, l'ord. 207/2018 e la successiva ord. 132/2020 appaiono quale punto di partenza per l'avvio di un nuovo orientamento finalizzato alla costruzione di un dialogo con il legislatore e che consenta al contempo, come analizzato in entrambi i casi riportati, di fornire una pronta tutela ai principi costituzionali ed alle situazioni giuridiche soggettive in gioco nei casi concreti a prescindere dall'effettività del suddetto dialogo, con una riforma legislativa della materia qualora il legislatore accolga l'invito della Corte Costituzionale a provvedere, ovvero con una pronuncia manipolativa della Consulta qualora il legislatore non intervenga nei termini previsti.

Tuttavia, non essendo prevedibile l'eventuale futura, e auspicata, giurisdizionalizzazione della tecnica della doppia pronuncia all'insegna di un più proficuo dialogo tra Corte Costituzionale e legislatore, ad oggi appare necessario adattare la tesi formalista del rispetto della riserva di legge mediante l'interpretazione ed applicazione più elastica del principio di riserva di legge stesso.

In particolare, intendere il rispetto della riserva di legge nel senso formale implicante l'astensione della Corte Costituzionale da un intervento modificativo della norma oggetto di giudizio di costituzionalità, soltanto sino alla soglia di tollerabilità del permanere dell'incostituzionalità all'interno dell'ordinamento, e al superamento di tale soglia consentire alla Consulta di modificare la norma incostituzionale con interventi manipolativi che la riportino a coerenza con il dettato costituzionale, permette di ottenere il rispetto delle garanzie costituzionali senza che vi sia una compromissione della sfera di discrezionalità legislativa, potendo il legislatore

intervenire modificando il testo normativo sino al termine assegnato dalla Corte Costituzionale mediante la doppia pronuncia oppure con una riforma della disciplina in seguito ad una sentenza manipolativa.

Per meglio specificare, la lieve compressione della sfera della discrezionalità legislativa determinata dalla modifica della norma in esame da parte della Corte Costituzionale, che dunque conferisce alla disposizione una portata normativa diversa da quella impostata dal legislatore, appare preferibile, anche alla luce dei profili relativi alle modifiche adottate dalla Consulta analizzati nel precedente paragrafo, rispetto al mantenimento della visione formalista anche nel momento successivo all'inerzia legislativa, in quanto in tale ipotesi la Corte Costituzionale consentirebbe da un lato il persistere nell'inattività, determinata dall'astensione della Consulta e dalla persistente inerzia del legislatore, e dall'altro la creazione, attraverso le pronunce meramente ablativo, di lacune intollerabili per l'ordinamento, comportanti a loro volta un maggior carico legislativo per rinnovare la disciplina dichiarata incostituzionale.

Alla luce di ciò, è possibile ipotizzare una coesistenza della visione tradizionale formalista e di quella più elastica, prevedendo l'adozione della seconda qualora dal rispetto della prima non si producano gli auspicati risultati di collaborazione tra Corte Costituzionale e legislatore.

Secondo un'ipotesi combinata delle due tesi, infatti, il principio di riserva di legge sarebbe garantito maggiormente rispetto all'adozione della sola visione più elastica, essendo riservata al legislatore una prima fase di facoltà di esercizio della propria discrezionalità nell'astensione della Corte Costituzionale, ed al contempo sarebbe data attuazione anche al principio di legalità costituzionale attraverso le facoltà di intervento della Consulta atto a riportare alla coerenza normativa le disposizioni incostituzionali e a dare così attuazione immediata alle tutele previste a livello costituzionale che sarebbero compromesse dall'inerzia legislativa.¹¹⁰

Tuttavia, affinché il "modello misto" appena esposto e finalizzato al ripristino del corretto bilanciamento tra il principio di legalità ex art. 25 co.2 Cost. ed il principio di legalità costituzionale possa funzionare efficacemente, non è possibile attendere per applicare l'approccio più elastico il superamento della soglia di tollerabilità dell'incostituzionalità in precedenza individuato nel protrarsi dell'inerzia legislativa

¹¹⁰R.Romboli, "Giudice e legislatore nella tutela dei diritti", 13

sino all'eventuale riproposizione della questione di legittimità costituzionale riguardo alla medesima norma, poiché in tal caso i due principi di legalità risulterebbero sbilanciati a favore del corollario principio di riserva di legge.

In particolare, tale sbilanciamento sarebbe determinato dalla compromissione delle garanzie costituzionali, causata dall'applicazione della norma incostituzionale ai giudizi a quibus sino all'intervento dell'eventuale futura declaratoria di incostituzionalità, che determinerebbe comunque una tutela soltanto parziale delle situazioni giuridiche soggettive, in quanto pur eliminando la disposizione costituzionalmente illegittima, che dunque non troverebbe più applicazione, causerebbe un vuoto di disciplina che farebbe venire meno la garanzia della prevedibilità delle decisioni giudiziarie e del principio di certezza del diritto nei casi concreti.

A tal fine, appaiono maggiormente idonee ad inserirsi nella visione che combina la tesi formalista e la tesi di interpretazione elastica le nuove tecniche decisorie ideate in via pretoria dalla Corte Costituzionale quale il rinvio a data fissa, in quanto, predeterminando la soglia di tollerabilità del permanere dell'incostituzionalità ed attribuendo un termine al legislatore sino al compimento del quale la Consulta garantisce la sua stessa astensione, assicurando al contempo il primato della Costituzione con gli opportuni interventi modificativi in ipotesi di inerzia legislativa, ben si prestano a conferire ai due principi di legalità l'adeguato temperamento, in grado di assicurare il rispetto della discrezionalità legislativa, in una prima fase tanto dal punto di vista formale quanto dal punto di vista contenutistico e nell'eventuale fase successiva mediante la possibilità per il legislatore di intervenire con una modifica anche successiva alla pronuncia manipolativa della Corte Costituzionale.

Inoltre, l'applicazione del modello che contempera la tesi formalista e la tesi più elastica, può essere estesa al diritto penale senza che in ciò si ravvisi una violazione del principio di legalità ex art. 25 co.2 Cost., in quanto al legislatore è anzitutto consentito in ogni momento un intervento riformativo della disciplina, ed inoltre il controllo della Corte Costituzionale non rappresenta un'interferenza nelle determinazioni del legislatore del penalmente rilevante, bensì un'eventuale modifica, pur sempre successiva all'inerzia legislativa, atta a riportare a coerenza le scelte legislative in materia penale rispetto alle garanzie costituzionalmente previste,

evitando la creazione di zone grigie all'interno dell'ordinamento e consentendo alla Corte Costituzionale di adempiere in tutti gli ambiti del diritto il proprio ruolo di garante ed organo di chiusura, giudice ultimo dell'ordinamento¹¹¹.

¹¹¹ G. Repetto, "Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità", 2487

Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto sinora analizzato, a fronte di una tesi formalista del rispetto della divisione tra attività giurisdizionale della Corte Costituzionale e discrezionalità legislativa che, pur garantendo quest'ultima, implica una compromissione della tutela delle garanzie costituzionali, appare preferibile una tesi che contemperi i due principi di legalità.

In particolare, la scelta di tale approccio si basa sull'impossibilità di adattare il modello formalista tradizionale ad una situazione di divisione marcata tra attività della Corte Costituzionale volta a garantire la conformità a Costituzione e legislatore, il quale, come risulta dalle pronunce della Consulta sinora analizzate, persiste nell'inerzia a fronte dei tentativi di dialogo instaurati dalla Corte.

Tuttavia, non si ritiene neppure di poter adottare una visione che non tenga conto della necessità del rigoroso rispetto della riserva di legge, in quanto se fosse affidato alla Corte Costituzionale di scegliere discrezionalmente quando sostituirsi al legislatore nelle scelte legislative di merito, si incorrerebbe in una violazione dell'art. 28 l. 87/1953 relativamente alle valutazioni sull'opportunità della scelta legislativa e, in materia penale, vi sarebbe il rischio di influenza nelle scelte politico-criminali, spettanti esclusivamente al legislatore ex art. 25 co.2 Cost.

Per tale motivo, la tesi proposta nella presente trattazione rappresenta un tentativo di contemperare i principi di legalità senza pregiudicare il rispetto della discrezionalità legislativa da un lato, e le garanzie costituzionali dall'altro.

Punto centrale di un modello che contemperi elasticità e formalismo è rappresentato dalla giurisdizionalizzazione delle nuove tecniche decisorie della Corte Costituzionale, che se applicate in futuro alle ipotesi in cui sia necessitato il controllo di costituzionalità su fattispecie la cui modifica coinvolgerebbe l'esercizio della discrezionalità legislativa, potrebbero consentire uno sviluppo verso un dialogo maggiormente collaborativo con il legislatore.

Inoltre, separando la questione di costituzionalità riguardante una norma coperta da riserva di legge in due fasi, si legittima l'eventuale uso delle pronunce manipolative da parte della Corte Costituzionale anche in caso di norme penali di favore, come

avviene con i giudizi di dosimetria sanzionatoria e, più in generale, nelle ipotesi in cui la disciplina necessiterebbe l'esercizio della discrezionalità legislativa nella modifica.

In particolare, attuando una struttura divisa in due fasi, si garantisce in una prima fase piena libertà di esercizio della discrezionalità legislativa al legislatore con la conseguente astensione della Corte Costituzionale sino al termine dalla stessa indicato, che si configura come soglia limite di tollerabilità, superata la quale la Consulta, al fine di dare attuazione ai principi costituzionali, può intervenire con una pronuncia manipolativa affinché la disposizione di legge sia riportata a coerenza con l'ordinamento costituzionale.

Tale modello, che ben si presta ad essere attuato mediante la tecnica della doppia pronuncia, consentirebbe inoltre, attraverso il consolidamento delle più recenti tecniche decisorie della Corte Costituzionale, di ovviare al problema dell'applicazione della norma incostituzionale ai giudizi a quibus, la quale non avverrebbe invece con le pronunce di inammissibilità con monito, in quanto sarebbe possibile sospendere l'applicazione della disciplina sino alla modifica della stessa.

Dunque, alla luce di quanto esposto, appare ragionevole muovere dalla tesi formalista verso il modello appena enunciato che, seppur prevedendo nella seconda fase una lieve compromissione della discrezionalità legislativa che non si ravvisa nella tesi formalista tradizionale, risulta maggiormente garantista dal punto di vista del rispetto dei principi costituzionali.

Infatti, è possibile ravvisare come la questione di fondo non sia in realtà rappresentata dal rispetto del principio di riserva di legge, del quale sarebbe comunque garantita un'attuazione sostanziale attraverso la prima fase di astensione della Corte Costituzionale e mediante la possibilità per il legislatore di modificare la disciplina stabilita dalla Consulta nella sentenza manipolativa purchè l'alternativa fornita sia conforme a Costituzione, bensì dalla garanzia del rispetto dei principi costituzionali.

Tale conclusione si motiva rammentando il ruolo della Corte Costituzionale di organo di chiusura dell'ordinamento, che in quanto tale deve esercitare il proprio sindacato su tutte le norme o gli atti aventi forza di legge presenti nell'ordinamento al fine di garantire lo stesso da eventuali contrasti interni con la Costituzione.

Per tale motivo, giova in questa sede ricordare come la Consulta si sia spinta all'adozione di nuovi modelli di tecniche decisorie con esiti sempre più lontani dal

tradizionale limite delle rime obbligate anche su impulso dei giudici a quibus, per far fronte non solo ad un'esigenza generale di oggettiva conformità a Costituzione delle disposizioni, bensì anche ad una necessità di effettiva tutela dei casi concreti.

In tale condizione è possibile ravvisare maggiormente la doppia natura della Corte Costituzionale, organo di chiusura dell'ordinamento adibito al controllo sul rispetto della Costituzione, ed al contempo giudice di ultima istanza anche dell'effettività delle garanzie costituzionali nei casi concreti, funzione quest'ultima ancor più evidente nei giudizi in via incidentale.

Considerando tale seconda natura della Corte Costituzionale, è giocoforza constatare la presenza della stessa nella realtà giuridica concreta, e dunque la percezione da parte della medesima dei predetti mutamenti, tanto sociali quanto giuridici, che richiedono un ri-accentramento della propria attività per far fronte all'inerzia legislativa e alla necessità di modifiche della disciplina legislativa che non comportino la creazione di un vuoto ordinamentale; essendo tali esigenze, specie in materia penale, relative alla crisi della legalità penale e delle politiche sanzionatorie in prima istanza rilevate dai giudici a quibus in ragione degli effetti delle medesime sul caso concreto, ed in seconda istanza affidate alla Corte Costituzionale dai giudici dei casi concreti mediante ordinanza di rimessione.

In secondo luogo, sebbene, come rammentato nel corso della trattazione, l'attività della Corte Costituzionale sia improntata sin dalle origini alle finalità di garanzia generale ed oggettiva e dunque non a tutela dei singoli, che non possono per altro adire la Corte Costituzionale con ricorso individuale, essendo legittimati ad azionare il controllo di legittimità costituzionale soltanto i giudici a quibus per quanto concerne il giudizio in via incidentale, tuttavia il sindacato di costituzionalità ricalcante il modello della doppia pronuncia consente alla Consulta di garantire il rispetto delle garanzie costituzionali e, qualora questi siano in gioco similmente a quanto accaduto nel processo costituzionale con esito la sent. 242/2019, anche i diritti fondamentali degli individui.

In particolare, tale garanzia è attuata mediante la sospensione dell'efficacia della norma incostituzionale sino all'intervento legislativo e, in mancanza di quest'ultimo, sino ad una pronuncia della Corte Costituzionale che modifichi la disposizione di legge ripristinandone la coerenza a Costituzione.

Alla luce di ciò, giova in questa sede concludere analizzando la centralità del ruolo della Corte Costituzionale nell'adozione di un modello flessibile e garantista che superi i limiti della tradizionale tesi formalista.

In particolare, si ravvisa come la Consulta, al fine di dare effettività alle garanzie costituzionali ed alle tutele previste nei casi in cui ciò sia possibile soltanto mediante la modifica di una norma, considerando che tale attività rientrerebbe, specialmente nell'ambito del diritto penale, nell'esercizio della discrezionalità legislativa, operi un costante bilanciamento finalizzato a contemperare il principio di legalità dei diritti e delle pene, avente come corollario il principio di riserva di legge, con il principio di legalità costituzionale al fine di riportare gli stessi sul medesimo piano di attuazione.

A tal fine, il primo bilanciamento che la Corte Costituzionale effettua non si ravvisa nella ponderazione dei principi costituzionali violati dalla norma incostituzionale, bensì nel necessario contemperamento tra riserva di legge e necessità di interventi manipolativi della Consulta stessa.

Affinchè tale bilanciamento approdi ad un esito garantista dei valori costituzionali, è necessario dunque interpretare il principio di riserva di legge in un'ottica più elastica, che consenta di dare spazio in un primo momento all'esercizio della discrezionalità legislativa e successivamente, ad un'eventuale intervento della Corte Costituzionale di tipo manipolativo volto a ristabilire l'ordine costituzionale, che trova la propria legittimazione nella mancata attuazione da parte del legislatore delle necessarie modifiche alla legge incostituzionale.

Per tale motivo, si ravvisa, come evidenziato nei capitoli secondo e quarto, la necessità di una progressiva giurisdizionalizzazione, sia essa nella prassi o mediante un'intervento della Corte Costituzionale a modifica delle norme integrative, delle tecniche decisorie che meglio si prestano all'attuazione del contemperamento tra riserva di legge e garanzie costituzionali, auspicando che tale giurisdizionalizzazione favorisca un progressivo sviluppo del rapporto tra la Consulta ed il legislatore all'insegna del dialogo e della collaborazione, essendo individuabile solo in tale dialogo la possibilità di un'attuazione completa tanto del principio di discrezionalità legislativa quanto della funzione di organo di garanzia di costituzionalità della Corte Costituzionale senza che vi sia una compressione, anche minima, dell'uno nella fase

di modifica della normativa e dell'altra nell'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale.

Bibliografia

A.Ridolfi, "un nuovo tipo di pronuncia: la via italiana all'unvereinbarerklärung? Osservazioni su Corte Costituzionale, ord. 207/2018 e sent. 242/2019", in *Nomos*, fasc. 3/2019

A.Ridolfi, "Giurisdizione costituzionale, corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra corti", in *Rivista AIC* 2016, n.3, 18/07/2016

Accordati A. "Nota a sent. n. 117/2021 Corte Cost., Una sconfitta di misura in tema di controllo sulla dosimetria sanzionatoria" in *iusinitinere*, 12/10/2021

Art. 20 L.F. tedesca: "la legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge ed al diritto"

Bartoli R. "la Corte Costituzionale al bivio tra rime obbligate e discrezionalità? prospettabile una terza via", in *Diritto penale contemporaneo*, fasc 2/2019

Bianchi P. "le tecniche di giudizio e la selezione dei casi" in "*l'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettazione di un modello*". Napoli, 2006

Biondi, F. "Il processo costituzionale "

C.Chiariello "le nuove frontiere della discrezionalità valutativa della Corte Costituzionale: la tollerabilità della normativa illegittima" in *Nomos* 2, 1/2022

Ufficio stampa della Corte Costituzionale, Comunicato del 22 giugno 2021

Crisafulli, V. "La Corte Costituzionale ha vent'anni" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976, 1707 e ss.

D.Martire "Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? note a margine della sent. n. 113/2020 Corte Cost." in *Osservatorio Costituzionale*, fasc 6/2020

D.Paris "Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte Costituzionale" in *Corti supreme e salute*, n. 3/2018, 489 e ss.

D. Tenga, "La Corte nel contesto", BUP, 2020

D. Tenga, "La traiettoria a rime obbligate, da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva", in *Sistema Penale*, fasc. 2/2021, 4

- E.M.Ambrosetti "Nuovi orizzonti per le sentenze manipolative nel diritto penale?" in *Dis Crimen* , 23/05/2019, 13.
- E.Malfatti, S.Panizza, R.Romboli. 2018. *Giustizia Costituzionale*. Torino.
- 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
- F.Modugno "la funzione complementare della Corte Costituzionale" in *giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1650.
- F. Modugno, G. D'Alessandro, "Il contributo di Vezio Crisafulli alla rivista *Giurisprudenza Costituzionale*", in A. Pace , "Corte Costituzionale e processo costituzionale", 2006, 560 e ss
- Furno, E. "Il caso Cappato ovvero dell'attivismo giudiziale" in *Osservatorio Costituzionale*, fasc. 1/2020, 309.
- G. Laneve, "La Corte giudica sui nuovi criteri di ragguglio tra pena detentiva e pena pecuniaria in caso di decreto penale di condanna, tra formalismi sull'ammissibilità delle questioni con effetti in malam partem e logiche sostanziali sull'individuazione della pena" in *Rivista italiana di diritto e procedura* .
- Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, prima serie speciale n. 24, 79, 17/06/2015
- G. Rapetto, "Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità", 2487
- Giubilei A. "i confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incertezza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi", in *Gruppo di Pisa*, 19/09/2019
- Guarino G. "Abrogazione e disapplicazione delle norme illegittime", in *Jus*, 1951
- H. Lechner, R. Zuch. "Bundesverfassungsgerichtsgesetz" Munchen, 1996, 138
- Lazzeri, "La Corte Costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio medicalizzato. La tutela del malato irreversibile e sofferente nell'ord. 207/2018 e le ragioni per un'ulteriore apertura (ad opera del legislatore?)" in *Il caso Cappato*, 191 e ss.
- L. Paladin, "Corte Costituzionale e principio generale di uguaglianza", in AA.VV., *Scritti sulla Giustizia Costituzionale in onore di V. Crisafulli*
- L. Paladin, "il sindacato della Corte Costituzionale sull'utilità delle leggi", in *giurisprudenza Costituzionale*, 1964, 1
- M. D'Amico, "il fine vita davanti alla Corte Costituzionale fra profili processuali, principi generali e dilemmi etici", 2

- M. Picchi, "leale e dialettica collaborazione fra Corte Costituzionale e Parlamento", 3
- M. Ruotolo, "L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte Costituzionale nel giudizio in via incidentale"
- Modugno F. "La supplenza della Corte Costituzionale" *federalismi* , n. 16, 08/07/2007, 151.
- P. Carnevale, A. Celotto, "il parametro eventuale. Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi", Torino, 2018
- Pinardi, R. "*l'horror vacui nel giudizio sulle leggi*", 2007
- Pizzorusso, A. "i limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale" in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1982, 309
- Pugiotto A. "Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie", in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994
- Pulitanò D. "La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali", in *Diritto Penale Contemporaneo, 2010-2017*
- Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016, 2017, in www.cortecostituzionale.it, 1 e 15
- R. Romboli "Giudice e legislatore nella tutela dei diritti", 13
- Rivosecchi G. "Osservazioni sull'ord. 207/2018 e sul possibile seguito: una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto", *intervento al seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, "dopo l'ordinanza 207/2018: una nuova tecnica di giudizio? un seguito legislativo (e quale?)"*, Bologna, 27 maggio 2019
- Rorig M. T. "le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca", in servizio studi della Corte Costituzionale, area di diritto comparato, 27 e ss
- Serges, G. "e se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?" in *costituzionalismo*, fasc. 2/2019
- Viganò F. "Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena" in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 2/2017

Indice delle pronunce giurisprudenziali della Corte Costituzionale citate

Ord. 132/2020 Corte Cost.

Ord. n. 207/2018 Corte Cost.

Sent. 1/57 Corte Cost.

Sent. 10/2015 Corte Cost.

Sent. 113/2020 Corte Cost.

Sent. 117/2021 Corte Cost.

Sent. 148/1983 Corte Cost.

Sent. 198/2015 Corte Cost.

Sent. 207/2018 Corte Cost.

Sent. 222/2018 Corte Cost.

Sent. 224/2013 Corte Cost.

Sent. 230/1987 Corte Cost.

Sent. 235/1996 Corte Cost.

Sent. 236/2016 Corte Cost. .

Sent. 242/2019 Corte Cost.

Sent. 251/2012 Corte Cost.

Sent. 256/1992 Corte Cost.

Sent. 278/2013 Corte Cost.

Sent. 394/2006 Corte Cost.

Sent. 46/2016 Corte Cost.

Sent. 467/1991 Corte Cost.

Sent. 5/2014 Corte Cost.

Sent. 98/2021 Corte Cost.

*Indice delle pronunce giurisprudenziali delle Supreme Corti Canadese ed
Inglese citate*

Suprema Corte Canadese, sent. 6/02/2015

Suprema Corte del Regno Unito, sent. 25/06/2014

Indice delle pronunce giurisprudenziali della Corte EDU citate

Corte EDU, sent. 19/07/2012

Corte EDU, Sent. 29/04/2002

Indice delle pronunce giurisprudenziali della Corte di Cassazione citate

Sent. 3147/1998 Corte di Cassazione, sez. prima penale