

Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli”. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*

Nannerel Fiano **
(25 ottobre 2018)

1. “Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli”: è intitolato così il sintetico comunicato dell’Ufficio Stampa della Corte costituzionale.

Alla luce della lettura “a caldo” del comunicato, si evince che il Custode delle leggi dichiara, *apertis verbis*, che il corpus normativo disciplinante il momento finale della vita di un individuo è incostituzionale, dal momento che lascia sguarnite di tutela “situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione”, le quali devono rientrare nel bilanciamento con altri beni rilevanti dal punto di vista costituzionale.

Tuttavia, prima che l’incostituzionalità venga dichiarata, la Corte demanda al Parlamento, il soggetto “in primo luogo” competente a pronunciarsi, l’individuazione di una disciplina costituzionalmente conforme e rispettosa del bilanciamento con “altri beni costituzionalmente rilevanti”.

È oggi il Parlamento, dunque, il vero protagonista del processo costituzionale sul cd. “Caso Cappato”.

La conseguenza immediata del richiamato appello alla discrezionalità legislativa, coerentemente con la forma di “ordinanza” della decisione che adotterà a breve il Giudice delle leggi, è quella del rinvio della “trattazione della questione di costituzionalità dell’articolo 580 codice penale all’udienza del 24 settembre 2019”.

Quanto premesso consente di rilevare che l’impianto argomentativo della futura ordinanza sul cd. “Caso Cappato” potrebbe presentare forti analogie con la cd. “decisione di incompatibilità” (*Unvereinbarkeitserklärung*) adottata dal *Bundesverfassungsgericht*, una tra le tante tipologie decisionali facenti parte del ricchissimo armamentario decisorio di cui dispone il Tribunale costituzionale federale, composto non solo da decisioni manipolative del dato letterale della disposizione non conforme a Costituzione, ma anche da decisioni che modulano nel tempo gli effetti dell’incostituzionalità¹.

La *Unvereinbarkeitserklärung* si caratterizza proprio per questa modulazione, determinando un differimento degli effetti della declaratoria di incostituzionalità nel tempo con il chiaro obiettivo, e ciò rileva rispetto al commento di specie, di lasciare al legislatore la possibilità (*rectius*: di rendergli possibile di ottemperare a un obbligo) di rendere conforme a Costituzione la norma dichiarata incostituzionale.

La decisione di incompatibilità implica la “mera” dichiarazione di incostituzionalità della norma, con ciò precludendo alla stessa di essere suscettibile di eliminazione dall’ordinamento giuridico.

Pertanto, due sono le caratteristiche fondamentali della *Unvereinbarkeitserklärung*: a) quella di superare la classica dottrina della nullità-invalidità delle norme incostituzionali, non potendo essere qualificata la norma censurata nei termini di una norma “nulla”, ma solamente “incompatibile”.

A tal proposito, benchè già affermato direttamente dai giudici costituzionali tedeschi in via pretoria, che si sono auto-riconosciti questo potere, solo in seguito all’entrata in vigore della quarta novella di modifica della legge sul Tribunale costituzionale federale (il

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Si tratta, nello specifico, della decisione di incompatibilità in discorso, delle decisioni monitorie (*Appellentscheidungen*) e delle decisioni di interpretazione conforme (*verfassungskonforme Auslegung*).

BVerfGG) del 1970, agli artt. 31 II e 79 I è stata espressamente formalizzata la possibilità di dichiarare la norma non conforme alla Legge Fondamentale non solo nulla, ma anche *incompatibile (unvereinbar)*;

b) quella di obbligare il legislatore ad intervenire entro il termine enucleato nella stessa decisione, similmente a quanto avviene con riferimento alla prassi della Corte costituzionale austriaca, laddove, tuttavia, in ossequio al pensiero *kelseriano* che vuole intendere la Corte costituzionale quale legislatore negativo, la regola di base cui si conforma la disciplina degli effetti della declaratoria dell'incostituzionalità è quella dell'efficacia *proattiva*.

Nel caso della giustizia costituzionale tedesca, a seconda dei casi, l'intervento legislativo può caratterizzarsi alternativamente per un'efficacia retroattiva (fino al momento dell'adozione della stessa decisione o al momento dell'entrata in vigore della norma censurata) oppure per un'efficacia *ex nunc*, in modo tale da non "toccare" le situazioni e i rapporti pregressi.

L'ultima caratteristica menzionata assume un'importanza non di poco conto, dal momento che la rimozione della norma incostituzionale, che, si può dire, rappresenta la "seconda fase" del meccanismo sotteso alle decisioni di incompatibilità, ovvero quella dominata dall'intervento del legislatore, si connota per una forte collaborazione tra Giudice delle leggi e potere legislativo².

Impossibile non rilevare nel comunicato della Corte costituzionale una forte analogia con la prassi del *Bundesverfassungsgericht*, ponendo le basi per una stretta cooperazione con il legislatore al fine di rimuovere "congiuntamente" quanto accertato essere incostituzionale.

Ciò chiarito, la decisione di incompatibilità può essere declinata secondo tre distinte varianti:

a) quella "pura", alla cui adozione consegue la sospensione dei processi in corso e quindi la relativa impossibilità da parte dei giudici di fare applicazione della norma dichiarata incompatibile fino al futuro intervento legislativo.

Si consideri, ad esempio, la decisione del 27 maggio 2008 (1 BvL 10/05), laddove il *BVerfGG* ha dichiarato in parte l'incostituzionalità legge sulla modifica del nome e l'accertamento dell'appartenenza al genere sessuale in casi particolari (*Transsexuellengesetz - TSG*), in quanto imponeva irragionevolmente il divorzio come conseguenza del riconoscimento legale del nuovo genere, senza la possibilità di "continuare il rapporto di partnership basato sul matrimonio attraverso il riconoscimento di una forma (giuridica) differente eppure egualmente assicurata"³. Pertanto, il Tribunale costituzionale federale ha affermato che "a causa della gravità del pregiudizio che subisce una persona transessuale sposata [...] il [...] del TSG viene dichiarato non applicabile fino all'entrata in vigore della Neuregelung".

Tale sottospecie di decisione di incompatibilità, denominata anche "*schlichte Unvereinbarkeitserklärung*", si avvicina per questo elemento all'ordinanza profilata nel comunicato, dal momento che si legge che "resta ovviamente sospeso il processo *a quo*".

A volere leggere tra le righe il succinto comunicato del caso Cappato, ci si potrebbe forse spingere ad affermare che proprio la *ratio* di evitare un vuoto di tutela, derivante dalla violazione dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, sostenuta dalla parte privata, potrebbe avere - anche se solo in parte - guidato il Giudice delle leggi ad arrestarsi dinnanzi all'accertamento e alla dichiarazione *tout-court* dell'incostituzionalità dell'art. 580

² Si rinvia a M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, gruppodipisa.it, 2018, 20.

³ *Ibidem*, 18.

c.p, in quanto all'attuale lacuna si sarebbe aggiunta anche la formazione di "un vuoto normativo" rispetto all'incriminazione delle condotte di cui all'art. 580 c.p.

b) quella integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*, ovvero dall'ordine di validità e/o applicazione della norma dichiarata incompatibile fino al futuro intervento legislativo, al quale può conseguire un'efficacia meramente *pro futuro* della "nuova" norma conforme a Costituzione, in tal modo impedendo che la norma dichiarata appunto, incostituzionale, possa essere espunta dall'ordinamento prima di tale intervento.

Ad esempio, tale variante decisionale è stata adottata in materia penale il 4 maggio 2011 (2 BvR 2365/09) in occasione della quale il *BVerfG* ha affermato che: "*il Tribunale Costituzionale decreta l'applicazione (weitere Anwendbarkeit) delle disposizioni dichiarate contrarie alla Costituzione, la quale può tuttavia essere disposta solo con riferimento ai casi limite rappresentati dalla presenza di autori affetti da un disturbo psichico e che presentino un alto rischio di commissione di gravi reati violenti e sessuali*"⁴.

Ciò avviene soprattutto nel caso in cui venga dichiarata incostituzionale una tassa, dunque per esigenze di bilancio, oppure nel caso in cui la dichiarazione dell'incostituzionalità di una norma rilevante dal punto di vista dei diritti sociali possa restringere o ridurre la tutela degli stessi diritti in capo agli individui, conducendo ad un vuoto di tutela ancora più ampio. Siamo qui più lontani, apparentemente almeno, dal caso Cappato.

c) la variante integrata da discipline transitorie, al fine di salvaguardare, ad esempio, un livello minimo o standard di garanzia di diritti, in un certo senso speculare alla categoria da ultimo descritta⁵.

Le ragioni alla base di una così incisiva scelta di "graduazione" dell'impatto della declaratoria di incostituzionalità consistono nella esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore, al quale viene data la possibilità di intervenire per porre rimedio alla sua omissione, nel caso in cui una norma violi il principio di uguaglianza. Si consideri che proprio il principio di uguaglianza rappresenta il "campo applicativo" originario delle decisioni di incompatibilità, spettando al legislatore la scelta in merito alla "direzione" da scegliere e seguire al fine di rimediare alla violazione del principio della parità di trattamento, sancita all'art. 3 della Legge Fondamentale.

Ciò è suffragato dall'esigenza di evitare che dalla dichiarazione di incostituzionalità *tout court* di una norma derivi un "caos" sul piano del diritto procedurale e/o sostanziale.

Molto nota, nel contesto della prassi "modulatoria" del *Bundesverfassungsgericht*, è la sentenza *Hartz IV* sul sussidio sociale di disoccupazione, in occasione della quale è stato affermato che "*l'eventuale rideterminazione di prestazioni più elevate [...] con effetto retroattivo determinerebbe, alla luce del paragrafo [...] effetti fiscali insostenibili*"⁶.

2. Così contestualizzato il presente comunicato in modo generale, alla luce delle categorie elaborate dal *Bundesverfassungsgericht*, occorre ragionare più precisamente, sempre a partire dal modello tedesco, sul significato del termine disposto dalla Consulta.

Quali sono le conseguenze del rinvio? Cosa accadrà se il legislatore italiano non interverrà per rimuovere, in chiave di leale cooperazione, la norma incostituzionale? Cosa avverrà nei giudizi analoghi al processo *a quo*?

Vediamo se la giurisprudenza tedesca potrà fornire degli spunti.

4 Sul punto si rinvia a M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in (a cura di I. PELLIZZONE) *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 40.

5 Si pensi, ad esempio, alla decisione sul cd. *Existenzminimum* del 25 settembre 1992 (BVerfGE 87, 153).

A volte, nel differire gli effetti nel tempo la *Unvereinbarkeitserklärung* si caratterizza per la presenza di un termine al legislatore, il cd. *Frist*⁷. Quest'ultimo svolge la funzione di circoscrivere la sospensione dello *status* di incostituzionalità accertata e dichiarata eppure non rimossa di cui alla norma incostituzionale e trova, di fatto, il proprio fondamento nella *Unvereinbarkeitserklärung*, la quale costituisce la *premissa* dell'apposizione del termine (*Fristsetzung*)⁸. Il *Frist* è stato disposto dal Tribunale costituzionale federale la prima volta il 14 gennaio 1981, in occasione della decisione sull'inquinamento acustico dei voli⁹.

Solitamente il legislatore tedesco ottempera all'obbligo di rimediare al vizio di incostituzionalità, rendendosi così rispettoso del dovere di riformare la norma (*Nachbesserungspflicht*).

Fino agli anni duemila, il *Frist* entro cui il legislatore era chiamato a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale corrispondeva ad un arco temporale comprendente l'anno e mezzo o i due anni e tre quarti¹⁰: la prassi in questione sembra valere ancora.

Tuttavia, non esistono strumenti giuridici idonei a obbligare il legislatore a conformarsi al dovere di intervenire sul piano legislativo: il Parlamento, al più, si rende responsabile del dovere di risarcimento dei danni causati (*schadenersatzpflichtig*).

Il *BVerfG* non può sostituirsi all'opera di bilanciamento che spetta al legislatore: in caso contrario, vi sarebbe una pericolosa sovrapposizione di funzioni, potendo così venir meno il principio della separazione dei poteri.

Tuttavia, in un'occasione il Tribunale costituzionale federale ha affermato, in sede di chiarificazione delle conseguenze giuridiche derivanti dall'adozione della dichiarazione di incompatibilità, che l'inosservanza del termine avrebbe determinato la nullità delle disposizioni dichiarate incompatibili¹¹.

Oppure, qualora il Parlamento ritardi nell'adempimento del dovere di riforma, i giudici, in qualità di applicatori della legge e della Costituzione, hanno l'*obbligo costituzionale* di decidere in senso conforme a Costituzione¹², in tal modo interrompendo la sospensione dei procedimenti in cui rilevi l'applicazione della norma dichiarata incompatibile.

3. Il comunicato sembra riprendere quindi la *ratio* sottesa alle *Unvereinbarkeitserklärungen* e al relativo *Frist*, in tal modo facendo emergere l'attivazione di un'originale forma di cooperazione con il legislatore.

Di fatto, il Giudice delle leggi non si era mai espresso in questi termini.

Sempre con riferimento al rapporto con il Parlamento, poiché la tipologia decisionale che verrà adottata potrebbe consistere in qualcosa di molto simile ad un'incostituzionalità accertata ma non dichiarata, sembra potersi affermare che l'eventuale inadempimento potrebbe essere sanzionato in sede di riassunzione del giudizio costituzionale. Intanto,

7 Per un'attenta disamina delle caratteristiche del *Frist* si rinvia a C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1996.

8 Sulla *Fristsetzung*, e in generale sul sistema di giustizia costituzionale austriaca si rimanda a B. CARAVITA, *Corte "giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi, I, La Corte costituzionale austriaca*, Cedam, Padova, 1985, 134-137.

9 G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002, 298.

10 P. BENEDIXEN, *Weitertgeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in ZRP, 2009, 85.

11 *BVerfGE* 130, 240 - *Bayerisches Landeserziehungsgeldgesetz*.

12 Si rimanda a K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H Beck, München, 2018, 336.

l'incostituzionalità è sospesa, nel senso che il giudizio a *quo* non può proseguire, e forse nemmeno i giudizi analoghi potrebbero condurre all'accertamento della responsabilità penale per fatti simili.

Ci sono precedenti utili, per una conferma o smentita di questa lettura?

Se è vero che il rinvio al legislatore a fronte dell'accertamento dell'incostituzionalità accompagnato dal contestuale rinvio del processo costituzionale costituisce, di fatto, una importante novità nel panorama della giustizia costituzionale italiana, non è comunque possibile dimenticare quanto deciso dalla Consulta nel 2002, laddove, in occasione della sentenza n. 466, ha dichiarato *“la illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 7, della legge 31 luglio 1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo), nella parte in cui non prevede la fissazione di un termine finale certo, e non prorogabile, che comunque non oltrepassi il 31 dicembre 2003, entro il quale i programmi, irradiati dalle emittenti eccedenti i limiti di cui al comma 6 dello stesso art. 3, devono essere trasmessi esclusivamente via satellite o via cavo”*.

Ciò specificato, si rende necessario fare un *distinguo*. Nel caso appena menzionato l'incostituzionalità derivava dall'assenza di un termine nelle norme oggetto. Da quanto possibile dedurre dalla lettura del comunicato, invece, nel nostro caso l'incostituzionalità deriva da un'omissione legislativa che il legislatore è tenuto a colmare entro il termine fissato dalla Consulta.

Resta di fatto, comunque, che l'ordinanza che verrà adottata dalla Corte costituzionale, vicina all'esperienza tedesca quanto alla *ratio*, offrirà innumerevoli spunti di riflessione: e non soltanto sul tema del cd. fine vita, ma anche sullo strumentario decisionale a disposizione del Giudice costituzionale¹³, soprattutto qualora eserciti, come sembra essere il caso in esame, un forte dialogo con l'organo costituzionale titolare del potere legislativo.

In conclusione, il comunicato è da accogliere positivamente in quanto prelude all'adozione di una decisione equilibrata: la Corte costituzionale non si sottrae all'intervento, ma in ragione del vuoto di tutela chiama in primo luogo il Parlamento a intervenire.

Non solo, la futura decisione pare del tutto opportuna in materia penale, laddove la discrezionalità del legislatore assume un ruolo fondamentale alla luce del principio di legalità sancito all'art. 25 II Cost.

** Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale presso l'Università degli Studi di Milano

13 Chi scrive intende evidenziare l'importanza di strumenti di raccordo con il legislatore in materia penale. L'esperienza tedesca, di fatto, rappresenta un modello rilevante. Sul punto, si veda M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, cit., 44.

Sul punto v. anche, in relazione al caso Cappato, S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso “Cappato”*, in *forumcostituzionale.it*, 2018, 24.