

L'ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti *inter partes* ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità *

di Francesca Biondi **
(24 giugno 2019)

1. Con questo breve scritto intendo confrontarmi con le perplessità espresse, nella sua relazione, da Enrico Grosso¹, ma anche da altri colleghi che hanno criticamente analizzato la soluzione processuale sperimentata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 2018.

Si tratta di una pronuncia con cui la Corte prova ad affrontare in modo nuovo e diverso il complesso rapporto tra garanzia del principio di costituzionalità e rispetto della sfera discrezionale del legislatore democratico.

La questione si pone alle radici dell'esistenza stessa della giustizia costituzionale nei sistemi democratico-rappresentativi e della collocazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale. Individuare i confini della giustizia costituzionale rispetto alla sfera della politica presuppone infatti un previo consenso sulla concezione della Costituzione (esistono o non esistono spazi vuoti di diritto costituzionale?) e sul modo di interpretarla (sulla base di quali criteri si interpreta il testo costituzionale?). Di tutto ciò da sempre si discute².

E però, poi, in concreto – al di là delle utili e necessarie riflessioni della dottrina che sorreggono e provano a mettere ordine all'attività degli organi costituzionali – la Corte si trova quotidianamente a decidere casi nei quali il confine tra ciò che può fare la giurisdizione costituzionale e ciò che spetta solo al decisore politico è sempre più sfumato. Tale difficoltà in tempi recenti è peraltro ampliata dalla complessità delle questioni poste dal progresso tecnico-scientifico e, insieme, dal fatto che il prestigio del Parlamento, che quelle questioni dovrebbe affrontare, sta toccando uno dei punti più bassi nella sua storia.

2. Nonostante l'ampia letteratura sul tema, infatti, non c'è consenso sull'individuazione e sulla definizione delle questioni "politiche", quelle che, per loro natura, dovrebbero essere sottratte alla valutazione dell'organo di giustizia costituzionale e, secondo quanto stabilito dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953, dichiarate inammissibili³. Assai raramente le questioni sottoposte al giudizio della Corte risultano pacificamente neutre rispetto al testo costituzionale.

Inoltre, spesso, per eliminare il vizio di costituzionalità lamentato, non basta un mero annullamento della disposizione censurata, ma è necessario modificarla; ciò implica una scelta politica. In altre parole, raro è che la questione sia "tutta politica" (e, dunque,

* Intervento al Seminario 2019 di Quaderni Costituzionali, *Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, Bologna, 27 maggio 2019.

1 E. Grosso, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, testo provvisorio della relazione presentata al Seminario organizzato dalla Rivista *Quaderni costituzionali*, Bologna 27 maggio 2018.

2 Non possono qui non richiamarsi almeno le relazioni di F. Modugno e G. Zagrebelsky, pubblicate nel volume *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, Bologna 1982, risp. pagg. 19 e 103.

3 Di recente, il dibattito è ricostruito da C. Drigo, *La Corte costituzionale tra politica e giurisdizione*, Bologna 2016, 427 ss.

certamente inammissibile); molto più spesso si tratta di scegliere “politicamente” come dare attuazione o garanzia ad un principio costituzionale nell’ambito di più soluzioni costituzionalmente conformi, fra le quali che dovrebbe spettare al legislatore scegliere.

Generalmente – anche in questi casi – la Corte dichiara le questioni inammissibili⁴, spesso rivolgendo un monito al legislatore perché intervenga a sanare il vizio di costituzionalità denunciato. In tal modo, la Corte accerta che un problema di costituzionalità esiste, ma lascia al legislatore il compito di risolverlo (v., ad esempio, sentenza n. 166 del 2017, sulle c.d. pensioni svizzere).

Sempre più spesso, però, le Camere ignorano i moniti della Corte; talvolta addirittura persistono nell’approvare disposizioni la cui incostituzionalità è stata già accertata⁵.

Talvolta accade che, nella persistente assenza di intervento normativo, la Corte abbia l’occasione, a distanza di anni, di intervenire nuovamente e, sia pure magari su profili più specifici, di accogliere le questioni con sentenze manipolative per evitare il protrarsi dell’applicazione di disposizioni incostituzionali⁶. Non sempre, però, tale occasione si ripresenta.

In tempi più recenti, proprio il persistente mancato dialogo con il legislatore ha indotto la Corte a mettere in discussione il frequente ricorso alle decisioni di inammissibilità “per discrezionalità legislativa”.

Essa, in presenza di vizi di costituzionalità, ha iniziato ad intervenire con sentenze manipolative, pur in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, ove la manipolazione del testo era “tecnicamente” possibile. Peraltro, la Corte si è preoccupata di precisare – sempre in ossequio alla discrezionalità legislativa – che quella prescelta non era l’unica soluzione costituzionalmente obbligata e che il legislatore resta libero di disciplinare la materia diversamente, purché in modo conforme al dettato costituzionale (si pensi qui alle sentenze n. 236 del 2016 e n. 222 del 2018, in materia penale, oppure alla sentenza n. 35 del 2017, in materia elettorale; alla sentenza n. 20 del 2019, in materia di rapporti tra privacy e trasparenza amministrativa).

Quando, invece, il problema di costituzionalità – anche volendo – non può essere risolto con una manipolazione della disposizione denunciata, richiedendo esso un intervento normativo più profondo e di sistema, che necessariamente spetta esclusivamente al legislatore, la Corte, allo stato, non può fare altro che pronunciare una decisione di inammissibilità con monito (v. sentenza n. 138 del 2010)⁷ o, tutt’al più, una sentenza additiva di principio (sentenza n. 170 del 2014).

4 Quanto si ricorda nel testo va tenuto invece ben distinto dai casi (invero, per fortuna, sempre meno frequenti) in cui l’inammissibilità è dettata dal fatto che il giudice *a quo* non ha prospettato alla Corte costituzionale una soluzione al problema di costituzionalità. Se, infatti, una soluzione al dubbio di costituzionalità esiste, si può ragionevolmente ritenere che essa possa autonomamente individuarla.

5 Ad esempio, nonostante la Corte cost., con la sentenza n. 223 del 2015, avesse accertato, ma non dichiarato (per varie ragioni), l’incostituzionalità dell’art. 649 c.p. nella parte in cui prevede una causa di non punibilità nei rapporti tra coniugi, il legislatore ne ha esteso l’applicazione, con il d.lgs. n. 6 del 2017, alle parti dell’unione civile.

6 Emblematica è la giurisprudenza sul cognome materno: ordd. n. 176 del 1988 e n. 586 del 1988; sent. n. 61 del 2006; sent. n. 286 del 2016.

7 In tale ipotesi siamo al cospetto di quella che G. Zagrebelsky e V. Marcenò (*Giustizia costituzionale*, Bologna 108, II, 239) definiscono lacune ideologiche.

3. In tale già complesso quadro nella definizione delle sfere di competenza della Corte e del Parlamento, si aggiunge un'ulteriore ipotesi. Si tratta di quei casi in cui un problema di conformità a Costituzione esiste e la Corte ha anche gli strumenti per risolvere il vizio denunciato, ma l'accoglimento della questione avrebbe un impatto ordinamentale ben maggiore rispetto agli effetti che produrrebbe sul caso concreto (talvolta addirittura determinando una maggiore incostituzionalità⁸).

Si tratta di casi nei quali la Corte si trova al cospetto di una difficile conciliazione degli effetti *inter partes* della decisione di accoglimento con i suoi effetti *erga omnes*.

Si può trattare di conseguenze di natura economico-finanziaria (ad esempio, un eccessivo onere a carico della finanza pubblica) o di natura giuridica (nel caso in cui, ad esempio, la situazione giuridica regolata dalla disposizione censurata sia ormai definita e l'accoglimento determinerebbe innegabili problemi di natura pratica).

Anche in tali ipotesi non è raro che la Corte si rifugi in una decisione di inammissibilità oppure – con minore franchezza – approfitti di (non così evidenti) vizi dell'ordinanza di rimessione per non entrare nel merito delle questioni sottoposte.

Proprio per venire incontro a tali problemi, qui solo sommariamente elencati, la Corte, nel corso della sua ormai non più breve storia, in alcuni casi particolarmente difficili si è trovata nell'urgenza di “testare” nuove soluzioni processuali. Uso non a caso il termine “testare”, perché tali soluzioni rimangono eccezioni se – alla prova del dibattito specialistico – non “tengono”, mentre possono diventare regole se ne viene saggiata e apprezzata la potenzialità.

Ascriverei a tale categoria anche tutti i tentativi della Corte di manipolare nel tempo gli effetti delle proprie decisioni al fine di ridurne l'impatto (da ultimo, la notissima sentenza n. 10 del 2015).

Enrico Grosso, insieme a molti altri, mostra preoccupazione rispetto a tali tentativi, richiamando la Corte al rigoroso rispetto delle regole processuali, poiché tale rispetto – e su questo certamente non si può non concordare – nutre la sua legittimazione e ne alimenta l'indipendenza.

Egli, da ultimo, si augura che la soluzione adottata con l'ordinanza n. 207 del 2018 qui in commento resti una eccezione e non diventi una regola.

Di contro, proprio perché l'esperienza ha mostrato come la garanzia della Costituzione (soprattutto della parte dedicata ai diritti), pur affidata agli organi di giustizia costituzionale, necessita che si instauri un proficuo dialogo con il legislatore, l'ordinanza n. 207 merita di essere studiata per quello che è: non un esempio di sconfinamento della Corte in compiti che non le sono propri, bensì un meditato tentativo di creare – come già hanno fatto altri organi di giustizia costituzionale – necessari strumenti di raccordo con il legislatore, pur nell'ambito delle rispettive competenze⁹.

8 V., ad es., sentenza n. 149 del 2017.

9 Cfr. M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, relazione introduttiva al volume *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, a cura di M. D'Amico e F. Biondi, Napoli 2018, 39 ss., N. Fiano, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *forumcostituzionale.it* 28 ottobre 2018.

4. Anche se pregi e difetti di questa soluzione processuale potranno essere realmente apprezzati solo all'esito dell'intero processo costituzionale, allo stato può essere utile ragionare del nesso tra questa ordinanza interlocutoria e la decisione che verrà.

A tal fine, è possibile individuare alcuni punti fermi.

Anzitutto, l'ordinanza n. 207 del 2018 qui in commento non pare possa essere riduttivamente ricondotta all'ordinaria gestione del processo costituzionale. Essa, infatti, non dispone un mero rinvio della decisione di merito e, dunque, non può essere accostata né ai casi di rinvii dell'udienza ricordati dalla dottrina, né alle decisioni che spesso informalmente il collegio assume quando ritiene che la questione richieda un supplemento di riflessione. In tale ultima ipotesi, lo "scivolamento" della discussione ad una successiva camera di consiglio è questione tutta interna al processo decisorio della Corte, che non richiede alcuna esternazione o collaborazione da parte di soggetti esterni.

Al contrario, la densità delle argomentazioni contenute nell'ordinanza n. 207 del 2018 mostra - a parere di chi scrive (ma così è parso anche a molti altri)¹⁰ - come la Corte, all'esito dell'udienza del 23 ottobre 2018, abbia già assunto una posizione sul merito delle questioni al suo esame. Prima di terminare il proprio giudizio, la Corte auspica, però, un dialogo con il Parlamento da vagliare in una ulteriore udienza pubblica.

In secondo luogo, in riferimento a questa prima parte del suo giudizio, la Corte sembra aver già escluso alcune soluzioni, lasciandone invece aperte delle altre.

Sembra aver già escluso che la decisione della questione sia "tutta politica" e, dunque, che debba essere dichiarata inammissibile ex art. 28 l. 87 del 1953, perché ci sarebbe piena discrezionalità del legislatore sulle scelte di fine vita. Avrebbe forse potuto farlo, ma ha scelto un altro percorso.

Inoltre, ricostruendo la questione posta dal rimettente attraverso una valorizzazione dell'art. 32 Cost., nella parte in cui garantisce il diritto a rifiutare le cure¹¹, la Corte ha già messo in stretta relazione le scelte compiute dal legislatore con la legge n. 219 del 2017 con la punizione dell'aiuto al suicidio del soggetto affetto da una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche e psicologiche che egli trovi assolutamente intollerabili, trattandosi di soggetto tenuto in vita attraverso sostegni vitali, e che resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

Per inciso, all'assimilazione tra la disciplina prevista dalla legge n. 219 del 2017 (che assicura una libertà di fare, cioè morire rifiutando le cure) e la (non) punizione dell'aiuto al suicidio (che invece mette in gioco un diritto ad ottenere da altri la morte), la Corte è giunta senza attivare – anche in questo caso – poteri istruttori.

Mantenendo l'analisi sul piano strettamente processuale, ciò che interessa è che la Corte ha già preso alcune posizioni rispetto alla questione sottoposta (l'ha ridefinita e ha evidenziato quali sono i principi costituzionali in gioco), ma non ha terminato il proprio

10 M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *questionegiustizia.it*; R. Romboli, intervento al forum *Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale* 1/2019, 206-207 e 227.

11 Su questo aspetto rinvio al contributo di C. Salazar, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*». *Considerazioni sull'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale*, testo provvisorio della relazione presentata al Seminario organizzato dalla Rivista *Quaderni costituzionali*, Bologna 27 maggio 2018, M. D'Amico, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in questo fascicolo di *forumcostituzionale.it*.

giudizio: non ha cioè ancora scelto come intervenire rispetto ad un problema di costituzionalità la cui esistenza ha accertato.

Se persuade la lettura dell'ordinanza n. 207 qui proposta, mi pare evidente come il caso sollevato dalla Corte d'assise di Milano nell'ambito del procedimento penale a carico di Marco Cappato avente ad oggetto l'art. 580 c.p., nella parte in cui punisce le condotte di aiuto al suicidio di soggetti che versano in determinate condizioni, possa essere accostata a quei casi (già ricordati) in cui la Corte, pur al cospetto di un vizio di costituzionalità, teme l'impatto della decisione di accoglimento non tanto sul caso concreto, bensì sull'ordinamento generale. Basta leggere il punto 10 del considerato in diritto, che emblematicamente si apre con l'espressione "*Al riscontrato vulnus ai principi sopra indicati*", e le parole che seguono, con cui la Corte esterna la propria preoccupazione per i "*pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità*" e chiaramente afferma che "*di tali possibili conseguenze della propria decisione*" essa non può non farsi carico.

Stretta dunque nel dilemma tra lasciar vivere nell'ordinamento una disposizione che pone problemi di costituzionalità per timore delle conseguenze sistemiche prodotte dalla decisione di accoglimento e dichiarare l'incostituzionalità, per quanto parziale, dell'art. 580 c.p., con i rischi paventati, essa decide – con una soluzione processuale nuova – di concedere un po' di tempo al legislatore, confidando che quest'ultimo dia seguito ai suoi suggerimenti e, redisciplinando interamente la materia, riesca a garantire il rispetto degli artt. 2, 13 e 32 Cost., senza quelle conseguenze ordinamentali che la Corte invece potrebbe produrre attraverso la mera "riduzione" dell'applicazione della norma penale.

Per questo la Corte, oltre a rinviare la propria decisione, fissa una data in cui svolgere una ulteriore udienza pubblica: perché auspica che le parti possano contribuire alla discussione al fine di valutare se la nuova disciplina consenta di rinviare gli atti al giudice *a quo* per un riesame della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione, non a caso suggerendo che la nuova disciplina introduca "una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio *a quo*), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare".

È evidente che se tale intervento legislativo (come oggi appare assai probabile) non vi sarà, il 24 settembre 2019 la discussione si svolgerà comunque, ma sarà meno decisiva, quantomeno sul piano del merito, perché tutto è già stato detto dalle parti e qualcosa è già stato detto anche dalla Corte.

Quest'ultima dovrà trarre le conseguenze dal mancato dialogo con il Parlamento e, auspicabilmente senza smentire se stessa, valutare quale tecnica decisoria sia suscettibile di produrre un minore impatto ordinamentale (un accoglimento della norma penale ritagliato sul caso concreto? una interpretativa di rigetto?).

Condivisibilmente alcuni commentatori hanno evidenziato come l'ordinanza n. 207 del 2018 non vincoli giuridicamente la Corte ad alcuna decisione di merito, e che tutto è ancora possibile¹². Peraltro, non mancano *overruling* nella giurisprudenza costituzionale. E, tuttavia, se già i mutamenti di giurisprudenza che si collocano lungo un arco temporale ampio necessitano di essere attentamente motivati per evitare che l'imprevedibilità della

12 M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *forumcostituzionale.it*, 1° dicembre 2018; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale*, in *www.giurcost.org*.

decisione mini la legittimazione della Corte come giudice, nel caso in esame la coerenza tra l'ordinanza già pronunciata e la decisione che si attenda è ancora più delicata.

Come si è prima evidenziato, la Corte ha già svolto affermazioni pregnanti sulla questione di legittimità sollevata dalla Corte d'assise di Milano, evidenziando il *vulnus* di alcuni principi costituzionali. L'arco temporale ridotto tra l'ordinanza interlocutoria e la decisione di merito (nonché la medesima composizione del collegio) dovrebbe pertanto indurre la Corte a non smentire se stessa su quelle affermazioni e, dunque, solo a valutare con quale tecnica decisoria accogliere la questione.

Né mi pare auspicabile che la Corte, dopo aver invitato il legislatore ad intervenire, possa poi risolvere la questione con una decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa. Ciò minerebbe la credibilità della Corte, che avrebbe creato un'arma che nasce già spuntata; e, inoltre, confermerebbe le critiche di chi ritiene – come Enrico Grosso – che la Corte abbia inammissibilmente forzato e orientato il dibattito politico, dettando l'agenda del Parlamento su un tema su cui quest'ultimo, peraltro, si era già pronunciato, decidendo di non prevedere alcuna forma di suicidio assistito.

Tale critica verrebbe invece meno se la Corte confermerà di aver già escluso che le Camere fossero completamente libere di decidere e di avere già accertato l'esistenza di un vizio di costituzionalità: quella porta lasciata aperta al legislatore era preordinata al solo fine di ridurre l'impatto degli effetti *erga omnes* della propria pronuncia.

4. In definitiva, le preoccupazioni espresse da più parti rispetto all'ordinanza n. 207 del 2018 potrebbero essere ragionevolmente ridimensionate e la nuova soluzione processuale potrebbe invece avere ulteriori sviluppi, divenendo vera e propria regola processuale, se sarà confermato che essa può essere utilizzata solo in presenza delle seguenti condizioni: a) la Corte accerta la violazione di uno o più principi costituzionali; b) ha la possibilità di intervenire accogliendo la questione di legittimità costituzionale; c) vi è il rischio che la decisione calibrata sul caso concreto possa avere un impatto ordinamentale di maggiore portata. Solo in tali ipotesi la Corte potrà scegliere di "attendere" di chiudere il processo e lasciare al Parlamento il tempo di intervenire "per primo", attivando un proficuo dialogo con l'organo politico, pur nel rigoroso rispetto delle rispettive competenze.

In questa prospettiva, la soluzione processuale inaugurata con l'ordinanza n. 207 del 2018 può quindi essere letta non come un sintomo dell'espansione della giurisdizione costituzionale, bensì come il tentativo della Corte di invitare il Parlamento – di cui mostra di avere ancora fiducia – ad assumersi la responsabilità di fare le scelte politiche necessarie a garantire i principi costituzionali.

** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Milano