

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ANNA GRAGNANI

**OLTRE L'EFFETTO CONFORMATIVO DELLA
DICHIARAZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE:
SUL POTERE-DOVERE DELLA CORTE COSTITUZIONALE
DI DETTARE REGOLE INTERINALI PER
L'ATTUAZIONE DELLE SUE SENTENZE**

3 APRILE 2020



Anna Gragnani

Oltre l'effetto conformativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale: sul potere-dovere della Corte costituzionale di dettare regole interinali per l'attuazione delle sue sentenze

ABSTRACT: *The paper deals with the power to set interim provisions claimed by the Constitutional Court for avoiding constitutional harms caused by legislative inactivity. Although the law does not provide such a power, the author argues that it is a competence implied in the main function of the Court, which is not only to declare laws unconstitutional but also to remove the infringement in case of utmost urgency to secure or protect rights and freedom from serious and irreparable damages resulting from the violation of the Constitution.*

Nevertheless, the author underlines that such power causes a remarkable displacement of power that should not become usual.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'effetto conformativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale come linea di confine fra le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale e gli effetti delle sentenze «additive» e «sostitutive». – 3. Le regole provvisorie dettate dalla Corte costituzionale: la [sentenza 242/2019](#) come caso esemplare. – 4. Il potere del giudice costituzionale di dettare regole interinali vincolanti *erga omnes*: analogie con i provvedimenti cautelari regolativi. – 5. Le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale e il compito di tutela giurisdizionale affidato ai giudici comuni. – 6. Legittimazione della Corte costituzionale a dettare regole interinali, loro presupposti e limiti a salvaguardia delle prerogative del legislatore. – 7. Conclusioni e prospettive.

1. Introduzione

In recenti sentenze, la Corte costituzionale ha esercitato il potere-dovere di statuire regole interinali dirette a correggere una violazione della Costituzione in ambiti normativi nei quali al legislatore spetta una discrezionalità di scelta circoscritta alle modalità di garanzia di diritti o di adempimento di doveri costituzionali ed è rimasto indolente al monito della Corte di provvedere con sollecitudine a rimuovere l'accertata incostituzionalità¹.

Di fronte allo «sconcerto» suscitato dal nuovo indirizzo giurisprudenziale, non appena preannunciato dalla Corte, il Maestro che festeggiamo ha suggerito di accostarsi al fenomeno e, più in generale, al tema dei rapporti fra Corte costituzionale e Parlamento senza trascurare due linee caratteristiche del sistema di ripartizione del potere statale fra organi supremi e un interrogativo².

La prima: «il classico principio di separazione lungi da essere chiaramente espresso è anche a più riprese contraddetto sia a vantaggio del principio collaborativo, sia per la non perfetta corrispondenza tra poteri e funzioni. Ciò non significa, sia chiaro, che la disarticolazione del potere (orizzontale e verticale) con tutti i benefici che ne derivano non costituisca un principio di struttura dell'ordinamento costituzionale italiano, ma che in fondo *non esistono funzioni ontologicamente proprie dei vari poteri ed organi*, che finiscono per trovare tutti nella Costituzione rigida il titolo delle loro attribuzioni». Del resto, «alla stregua del puro principio di separazione (e lo sanno bene i francesi), lo stesso sindacato di costituzionalità delle leggi potrebbe rappresentare un *vulnus* gravissimo per le prerogative del legislatore. Ecco perché la determinazione dei limiti e la pregnanza del controllo della

¹ Fra le sentenze più significative, [Corte cost. 10 novembre 2016, n. 236](#); [5 dicembre 2018, n. 222](#); [8 marzo 2019, n. 40](#); e [22 novembre 2019, n. 412](#).

² P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in M. REVENGA SANCHEZ-E. PAJARES MONTOLIO J. RODRIGUEZ- DRINCOURT (a cura di), *50 años de la Corte constitucional italiana, 25 años del Tribunal constitucional español*, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, p. 31 ss., nonché in [Consulta OnLine](#), [Studi 2006](#).

Corte non è astrattamente derivabile dal principio di separazione, ma è compito ancora della Costituzione o di altre fonti legittimate»³.

La seconda caratteristica attiene ai rapporti fra diritto e politica. In particolare, egli osserva che, se si concorda sul rilievo che la linea di confine fra diritto e politica è sottile, «non è men vero che il più sicuro lasciapassare» debba consistere nella possibilità di argomentare giuridicamente le sue decisioni e che, «quando a tale possibilità rinunci troppo presto o troppo facilmente, sia la Corte a fare della “realpolitik” non consona al suo ruolo»⁴.

Infine, l'interrogativo: in che misura «le implicazioni sistematiche del “seguito” delle sentenze» potrebbero «fondare» un potere della Corte?». In particolare, con riferimento al consolidato indirizzo giurisprudenziale che escludeva senza deroghe la possibilità di regole provvisorie stabilite dal giudice costituzionale se non desumibili «in via di rima obbligata», è sensato domandarsi se l'«imperterrito scommettere della Corte sul seguito legislativo rifletta poco coerentemente la relativa disciplina costituzionale», infatti, se si concepisse «il “seguito legislativo” non come un'eventualità remota nell'agenda del legislatore, ma come un appello imperioso alla responsabilità di costui, la stessa posizione della Corte non potrebbe che riuscirne alleggerita e maggiormente legittimata ad esercitare a tutto tondo il suo mandato, sia che la molteplicità delle soluzioni apprestabili la imbarazzino sul da farsi, sia che il rimedio possa sembrarle peggiore del male»⁵.

Alla luce di tali sollecitazioni, questo contributo si propone di esaminare la «nuova» competenza rivendicata dalla Corte costituzionale, di verificarne i presupposti e i limiti di compatibilità con i principi di ripartizione del potere statale stabiliti dalla Costituzione. Al fine di mettere a fuoco le caratteristiche del «nuovo» potere-dovere, è opportuno, innanzitutto, distinguere gli effetti «normativi» che esso produce dagli effetti «normativi» delle cosiddette sentenze «additive» e «sostitutive».

2. L'effetto conformativo della dichiarazione di illegittimità costituzionale come linea di confine fra le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale e gli effetti delle sentenze «additive» e «sostitutive»

Il primo dato che emerge nell'esame della «nuova» competenza esercitata dalla Corte costituzionale è che le regole interinali stabilite dal giudice costituzionale attraverso il suo esercizio non costituiscono effetti propri della dichiarazione di illegittimità costituzionale, cioè non appartengono a quegli effetti conformativi dell'ordinamento giuridico che necessariamente derivano dall'incidenza sul sistema normativo della cessazione di efficacia della norma dichiarata incostituzionale, collegata dall'art. 136 Cost. alle sentenze di accoglimento. Si tratta, piuttosto, di effetti propri di una competenza differente dal sindacato di legittimità costituzionale, benché ad esso accessoria perché diretta ad attuare le sentenze di accoglimento che siano prive della caratteristica dell'auto-esecutività. Trattandosi di una competenza distinta dal compito di giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, dall'estensione di quest'ultimo non si ricavano indicazioni precise circa la «legittima» estensione del nuovo potere regolativo della Corte costituzionale.

Il ricorso alla competenza in esame occorre allorché la mera cessazione di efficacia della norma incostituzionale non vale ad assicurare gli effetti di garanzia scaturenti dai diritti costituzionali violati, i quali non si esauriscono in precetti limitativi del potere legislativo (cosiddetta «libertà negativa» o dimensione negativa della libertà) ma danno luogo a doveri incondizionati e indifferibili di attivazione del medesimo potere, che, secondo scelte discrezionali circoscritte alle modalità della garanzia, è chiamato ad assicurare, secondo le circostanze, effetti «positivi» di diritti, consistenti nella pretesa a

³ P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale*, cit.

⁴ P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale*, cit.

⁵ P. COSTANZO, *Legislature e Corte costituzionale*, cit.

prestazioni di beni o servizi o nella disponibilità delle cosiddette «infrastrutture dello stato di diritto»⁶ o garanzie procedurali o processuali o diritti di partecipazione attiva alla compagine statale⁷.

Corrispondenti esigenze di garanzia emergono, di frequente, nel caso delle sentenze cosiddette «additive», che nella specifica denominazione di sentenze «additive di prestazione», «di procedura», «di meccanismo», riflettono proprio le differenti pretese che scaturiscono dalle menzionate dimensioni di garanzia dei diritti costituzionali violati⁸.

Come anticipato, per dare più puntuale nettezza di contorni al fenomeno delle regole interinali dettate dal giudice costituzionale è utile distinguerlo con maggiore precisione dal fenomeno delle sentenze «additive» e «sostitutive».

All'ampio genere delle sentenze «additive» appartengono sia pronunce auto-applicative sia pronunce che per correggere la situazione di incostituzionalità richiedono una disciplina legislativa.

Sono auto-applicative le decisioni «additive» che colpiscono una norma implicita negativa in casi nei quali «per ragioni testuali o contestuali, non contemplare significa escludere» e a fronte di essa è possibile individuare una regola «costituzionalmente obbligata»⁹.

Effetti «additivi» possono scaturire anche da pronunce di carattere demolitorio allorché la norma non contemplata dal legislatore abbia carattere derogatorio¹⁰ e la sua cessazione di efficacia determini automaticamente l'espansione di una norma di garanzia.

⁶ Sulle «infrastrutture» dello Stato di diritto, cioè sugli apparati e mezzi necessari al godimento delle libertà garantite dalla Costituzione, T. WISCHMEYER, *Die Kosten der Freiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015.

⁷ L'identificazione di differenti «dimensioni» o «effetti» o «funzioni» di garanzia dei diritti costituzionali e la loro distinzione nelle dimensioni «negativa» (consistente nella assicurazione di una sfera libera da interferenze esterne), «positiva» (consistente nel riconoscimento della pretesa all'erogazione di prestazioni finanziarie o di servizi), «attiva o funzionale» (consistente nella garanzia della partecipazione alla vita statale anzitutto con il diritto di voto), si è affermata, come noto, a partire dall'opera di G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr Siebeck, Tübingen, ed. riv. 1905. Successivamente, tale classificazione è stata integrata con la previsione della dimensione «processuale» (consistente nella garanzia dei diritti attraverso il processo giurisdizionale) e della dimensione «procedimentale» (consistente nella garanzia dei diritti attraverso procedimenti di carattere non giurisdizionale). Tali distinzioni hanno perso nei moderni ordinamenti la loro capacità di classificazione sistematica dei diritti originariamente loro ascritta, per la constatazione che le diverse funzioni possono coesistere in un medesimo diritto, cioè essere funzionali alla protezione del medesimo bene della vita. Tuttavia, l'idea di una pluralità di effetti di garanzia conserva la sua capacità descrittiva, pertanto, offre un valido strumento dogmatico per agevolare l'identificazione del contenuto dei diritti. Specialmente le distinzioni fra dimensione «negativa» e dimensione «positiva» sono di impiego corrente anche nella letteratura italiana e sono utilizzate, senza pretesa di ricavarne un ordine sistematico, anche dagli autori che ritengono preferibile rinunciare alla classificazione dei diritti, ad esempio, P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, 21-22. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, *passim*, il quale, peraltro, reputa le distinzioni dei diritti qualificazioni prive di forza analitica. Ulteriori precisazioni sulle qualificazioni dei diritti in P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017. Per alcuni rilievi critici sulla classificazione ideata da Jellinek e per soluzioni alternative, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 65 ss. Per un esame di diritto comparato, P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010. Si segnala che la distinzione fra le funzioni di garanzia dei diritti costituzionali, di recente, è stata recepita dalla giurisprudenza costituzionale, cfr., ad esempio, [Corte cost. 5 dicembre 2019, n. 254](#), punto 6 della motivazione, che individua una «valenza» negativa e una «valenza» positiva della libertà di culto.

⁸ Per un'articolata ricognizione della varia tipologia di sentenze «additive» e sulle sentenze «sostitutive», A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 193 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 195 ss. Per una «storia» delle sentenze additive di principio, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019; sul tema, G. REPETTO, [Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative](#), in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Per uno studio monografico sulle tipologie decisorie della Corte costituzionale, C. PANZERA, *Manipolare, interpretare, combinare*. Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2013.

⁹ L'espressione citata è di A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 194. Sul tema, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 195 ss., 196, gli Autori ricordano il rilievo di L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81-luglio '85)*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, vol. I, 313 ss, secondo il quale, talvolta, è ragionevole il dubbio che la soluzione costituzionalmente obbligata, cosiddetta a «rime obbligate», esista solo «nella mente dei giudici»; sulle cosiddette «rime obbligate», V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, 1694 ss., 1707.

¹⁰ Ancora, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 194.

Non sono auto-applicative, invece, le sentenze cosiddette «additive di principio». Esse consistono nella dichiarazione di illegittimità costituzionale di disposizioni legislative che nell'omettere una disciplina violano non una determinata regola ma un principio costituzionale suscettibile di differenti svolgimenti¹¹. Talvolta, la loro attuazione è delegata dalla Corte costituzionale ai giudici comuni, che sono chiamati a operare come suoi organi «esecutivi» fintanto che all'attuazione della sentenza del giudice costituzionale non provvederà il legislatore. All'attuazione delle sentenze additive è chiamata anche la pubblica amministrazione, laddove il principio di legalità possa essere soddisfatto attraverso norme implicite¹². In altri casi, in particolare nelle sentenze cosiddette «additive di meccanismo», la Corte costituzionale si preoccupa di precisare che l'attuazione della sua pronuncia è riservata al legislatore¹³.

Le sentenze «additive di principio» quindi, possono contenere anche indicazioni specificamente dirette a regolare la futura attuazione della decisione, ma in tali pronunce all'attuazione non provvede direttamente e immediatamente il giudice costituzionale, che, eventualmente, «minaccia» tale eventualità preannunciando una futura sentenza di «accoglimento secco». In tal senso, come è stato evidenziato, le pronunce «additive di principio» e «additive di meccanismo» esplicano una funzione «compulsiva» ed esprimono, quindi, «una filosofia simile a quella del giudizio di ottemperanza»¹⁴. Tuttavia, esse non contengono regole di attuazione della dichiarazione di illegittimità costituzionale create direttamente dal giudice costituzionale.

Lo stesso vale per le sentenze cosiddette «sostitutive», cioè per le decisioni con le quali la Corte costituzionale dopo aver determinato un «vuoto» legislativo con la dichiarazione di illegittimità costituzionale, lo colma aggiungendo una regola individuata, peraltro, a «rime obbligate» sulla base delle disposizioni costituzionali e della legislazione vigente¹⁵.

Il nuovo indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale in determinate costellazioni la Corte costituzionale si reputa investita del compito di assicurare la correzione dell'accertata incostituzionalità anche allorché non sia possibile, a tal fine, individuare una soluzione costituzionalmente obbligata, non pare destinato a soppiantare integralmente il precedente orientamento, secondo il quale alla Corte è consentita la produzione di effetti «additivi» soltanto nei limiti degli effetti conformativi dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale (le cosiddette «rime obbligate»).

Benché sia stata la stessa Corte a prenderne apertamente le distanze, la precisazione ha il significato soltanto di un suo limitato ridimensionamento¹⁶. Dall'esame della casistica disponibile, infatti, risulta che il giudice costituzionale, finora, ha esercitato il potere di statuire regole dirette ad assicurare la possibilità di realizzazione nei concreti rapporti giuridici degli effetti di garanzia dei diritti costituzionali di cui ha accertato la violazione, soltanto in casi nei quali tali regole siano urgentemente indispensabili ad evitare un danno grave, irreparabile e non altrimenti evitabile ai medesimi diritti.

Particolarmente significativa in tal senso, è la [sentenza 40/2019](#), che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti) nella parte in cui tale disposizione contempla la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anziché di sei anni. La Corte si cura di precisare, invero, il carattere indifferibile, cioè urgentemente necessario, della regolazione transitoria da essa disposta in provvisoria sostituzione della norma dichiarata incostituzionale, per provvedere a improrogabili esigenze di effettività della tutela, dato che la violazione riscontrata colpisce «diritti fondamentali che non tollerano ulteriori compromissioni» e tenuto conto della sollecitazione già rivolta al legislatore

¹¹ Cfr. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 202 ss.

¹² Lo precisa A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 202.

¹³ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 203.

¹⁴ Nei termini indicati nel testo, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit.

¹⁵ A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 198.

¹⁶ Cfr., ad esempio, Corte cost. [sentt. nn. 222/2018](#), cit.; [40/2019](#), cit.

affinché «procedesse *rapidamente*» alla correzione della violazione riscontrata¹⁷. Il danno grave e irreparabile è del resto in *re ipsa* allorché, l'incostituzionalità colpisca norme penali che contemplano sanzioni privative della libertà personale non proporzionate alla gravità del fatto, come negli altri casi, in precedenza ricordati, nei quali la Corte costituzionale ha fatto uso della competenza in esame.

Analoghe esigenze di urgenza nella correzione della riscontrata incostituzionalità sono state evidenziate dalla Corte costituzionale nell'ordinanza sul cosiddetto «caso Cappato», che ha sollecitato il legislatore a correggere in un breve lasso di tempo l'accertata incostituzionalità, nonché nella sentenza che ha definito il relativo giudizio incidentale di legittimità costituzionale, nel quale venivano in considerazione una pena detentiva incostituzionale perché comminata dalla legge anche a fronte di condotte inoffensive; il dovere costituzionale di proteggere la vita di persone particolarmente vulnerabili, come coloro che coltivano propositi suicidi; il diritto di autodeterminazione di persone colpite da gravissime sofferenze riguardo alla scelta delle modalità di porre fine alla propria esistenza¹⁸.

Si tratta di elementi che rendono evidente l'esistenza di non trascurabili analogie fra la competenza della Corte costituzionale a stabilire le regole indispensabili ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze prive della caratteristica auto-applicatività e, perciò stesso incapaci di rimediare alla violazione della Costituzione, e il potere della Corte di sospendere (anche d'ufficio), in via cautelare, l'esecuzione della legge impugnata nel giudizio in via principale, allo scopo di scongiurare il rischio di danni gravi e irreparabili ai diritti dei cittadini, di pregiudizi irreparabili all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica (art. 35, l. 11 marzo 1953, n. 87), in modo da assicurare gli effetti della futura eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale. Si tratta, invero, in entrambi i casi, di regole provvisorie, strumentali a garantire gli effetti di una decisione di accoglimento della Corte costituzionale e, attraverso di essa, la tutela effettiva dei diritti inviolabili.

Prima di approfondire questo aspetto, conviene illustrare un esempio di regole interinali stabilite dal giudice costituzionale. Di esse, la [sentenza 242/2019](#) rappresenta un caso particolarmente significativo.

3. Le regole provvisorie dettate dalla Corte costituzionale: la [sentenza 242/2019](#) come caso esemplare

Nella [sentenza 242/2019](#)¹⁹, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di aiuto al suicidio stabilito dall'art. 580 c.p., per violazione degli artt. 2, 13 e 32, c. 2, Cost., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità indicate dalla stessa Corte, agevola «l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»²⁰.

Nella medesima pronuncia la Corte ha stabilito le regole indispensabili al fine di scongiurare i pericoli cagionati dal «vuoto di tutela» conseguente alla cessazione di efficacia della norma incostituzionale, in modo da assicurare la protezione necessaria di persone estremamente vulnerabili, come coloro che

¹⁷ [Corte cost. 40/2019](#), cit., punto 4.3 della motivazione; corsivo aggiunto.

¹⁸ Cfr. [Corte cost. ord. 16 novembre 2018, n. 207](#), punto 11 della motivazione, che assegna al legislatore un breve termine per provvedere ad assicurare le esigenze di tutela da essa indicate e sottolinea che, per la rilevanza dei valori coinvolti e per le loro peculiari caratteristiche, non potrebbe essere consentito che la norma incriminatrice incostituzionale sia «sposta a ulteriori applicazioni per un periodo di tempo non preventivabile». Successivamente, preso atto dell'inerzia del legislatore, coerentemente, la Corte ha dettato le regole necessarie a correggere l'accertata incostituzionalità, cfr. [Corte cost. 242/2019](#), cit., punto 8 del Considerato in diritto.

¹⁹ Sulla [sentenza 242/2019](#), cit., M. D'AMICO, *Il «fine vita» davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in [Osservatorio AIC](#), 1/2020.

²⁰ [Corte cost. 242/2019](#), cit.

coltivano propositi suicidi. La provvisoria «supplenza» della Corte costituzionale si è resa necessaria perché il legislatore non ha risposto alla sollecitazione di apprestare tempestivamente una disciplina legale dell'assistenza al suicidio nei casi in cui l'agevolazione non può essere vietata dalla legge penale²¹.

Le regole dettate dalla Corte costituiscono le condizioni che, nelle more dell'intervento del legislatore, «rendono lecita» l'agevolazione dell'esecuzione del suicidio di chi si trovi nelle situazioni sopra indicate, con la precisazione che esse valgono limitatamente ai fatti successivi alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della sentenza in esame. Si tratta delle seguenti condizioni: occorre che siano osservate le specifiche modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219/2017 per quanto riguarda il previo accertamento della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona può richiedere l'aiuto al suicidio²²; che sia reso possibile il coinvolgimento dell'interessato in un percorso di cure palliative; che una struttura pubblica del Servizio sanitario nazionale verifichi preventivamente l'esistenza delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio e le relative modalità di esecuzione, le quali devono essere tali da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, garantire la dignità del paziente ed evitare al medesimo sofferenze; deve essere acquisito il previo parere del comitato etico territorialmente competente²³.

Il giudice costituzionale ha precisato che tali regole «interinali» sono state individuate sulla base di criteri costituzionalmente necessari benché non a contenuto costituzionalmente vincolato e che esse rispondono all'esigenza di assicurare il livello minimo di protezione indifferibile e costituzionalmente doveroso fintanto che la materia non sarà regolata dalla legge. Pertanto, non è pregiudicata la possibilità del legislatore di scegliere differenti regole, purché idonee ad assicurare una protezione adeguata²⁴.

La competenza della Corte costituzionale a stabilire le regole indispensabili ad assicurare la correzione dell'accertata situazione di incostituzionalità fin tanto che non vi provvederà il legislatore, ad oggi, trova nella [sentenza 242/2019](#) la sua più compiuta espressione. Invero, la Corte stabilisce una disciplina assai articolata con effetti, al tempo stesso, in materia penale (si tratta, come sopra illustrato, di condizioni di liceità dell'agevolazione del suicidio e, quindi, di una materia oggetto di riserva di legge)²⁵, effetti di garanzia di diritti inviolabili (la libertà di autodeterminazione individuale circa le modalità con le quali porre fine alla propria esistenza) e di concretizzazione dell'adempimento di un dovere statale di protezione (il dovere di proteggere il bene fondamentale della vita). Si tratta inoltre, di una disciplina evidentemente creativa, già soltanto per il fatto che, anziché regolamentare

²¹ Monito rivolto dalla Corte al legislatore nell'[ordinanza interlocutoria, 16 novembre 2018, n. 207](#), pronunciata nel medesimo giudizio, cfr. R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.* 2019, 1892 ss.

²² Tali disposizioni della legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, hanno per oggetto la disciplina relativa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto.

²³ [Corte cost. 242/2019](#), cit., punto 7 della motivazione.

²⁴ Per l'indicazione di tali condizioni, [Corte costituzionale, sentenza 242/2019](#), cit., punto 5 della motivazione; e punto 4 della motivazione per la precisazione che la Corte ha utilizzato «criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato». Al punto 7 della motivazione, la Corte ha anche precisato che, invece, per i fatti anteriori alla pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* della medesima sentenza «la non punibilità dell'aiuto al suicidio rimarrà subordinata» al fatto che «l'agevolazione sia stata prestata con modalità anche diverse» da quelle indicate *pro futuro* dal giudice costituzionale, purché «idonee comunque sia ad offrire garanzie sostanzialmente equivalenti» circa la sussistenza delle condizioni in presenza delle quali l'agevolazione dell'esecuzione del suicidio è consentita. Quest'ultima statuizione determina l'area delle condotte lecite per i fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza. Sulle ragioni del doppio regime della non punibilità dell'aiuto al suicidio, rinvio a A. GRAGNANI, *La visione costituzionale del rapporto Stato-individuo sulle questioni del «fine vita» nella sentenza 242/2019 della Corte costituzionale: garanzie sostanziali, ripartizione del potere statale e strumenti processuali*, in G. D'ALESSANDRO-O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020.

²⁵ Nel senso che le norme di giustificazione sono soggette «a quelle stesse garanzie di monopolio legislativo e di determinatezza che assistono le norme incriminatrici, sulla base dell'ovvia considerazione che anche la norma giustificativa concorre comunque e pariteticamente con quella incriminatrice alla configurazione dei confini tra lecito ed illecito», F. PALAZZO, *Costituzione e scriminanti*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 2009, 3 ss.

l'aiuto al suicidio, il legislatore aveva imposto il divieto della sua agevolazione. Ci si riferisce inoltre, alla scelta della Corte, niente affatto scontata, di introdurre fra i requisiti procedurali, la richiesta del previo parere di un comitato etico, quale organo collegiale terzo munito di adeguate competenze in materia. Per quanto i comitati etici siano già investiti nell'ordinamento di funzioni consultive in relazione a questioni attinenti alla salvaguardia di soggetti vulnerabili, la loro legittimazione nei termini configurati dal giudice costituzionale non può ritenersi ampiamente condivisa. Si pensi alla problematica del cosiddetto «*ethics washing*», con il dubbio, fra gli altri, che la previsione di simili pareri possa rappresentare una via di fuga dal bisogno di regolamentazione²⁶.

Al tempo stesso, sempre per la natura dei diritti coinvolti — la libertà di autodeterminazione di persone in stato di grave sofferenza, l'esigenza di proteggere persone vulnerabili come coloro che coltivano propositi suicidari, la libertà personale di chi agevola l'altrui suicidio nei casi consentiti — la [sentenza 242/2019](#) illustra in modo esemplare il rischio di pregiudizi gravi e irreparabili connessi al vuoto normativo conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale. Di qui l'indifferibilità di regole interinali.

4. Il potere del giudice costituzionale di dettare regole interinali vincolanti erga omnes: analogie con i provvedimenti cautelari regolativi

Come anticipato, la regolamentazione transitoria disposta dal giudice costituzionale per correggere l'accertata incostituzionalità e, quindi, per assicurare gli effetti delle sentenze di accoglimento nonostante l'inerzia legislatore indolente ai moniti del giudice costituzionale, nonché per assicurare una gestione delle conseguenze delle medesime decisioni in armonia con i principi costituzionali, presenta rilevanti analogie sotto il profilo funzionale con la tutela cautelare. In entrambi i casi, le misure disposte dalla Corte costituzionale hanno contenuto regolativo, carattere interinale e perseguono lo scopo di evitare danni gravi, irreparabili e non altrimenti evitabili ai diritti costituzionali.

Le analogie sono emerse da tempo nell'esperienza tedesca, dove la legge processuale attribuisce al Tribunale costituzionale federale sia la competenza a determinare nella sua decisione chi la esegue e a regolare nel dettaglio il modo e la maniera dell'esecuzione (§ 35 *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* – *BVerfGG*), sia un ampio potere cautelare, che contempla la possibilità di «regolare provvisoriamente una situazione attraverso un provvedimento provvisorio, qualora ciò si imponga con urgenza per evitare gravi pregiudizi, per impedire un'imminente violenza o per un altro importante motivo in vista del bene comune» (§ 32 *BVerfGG*)²⁷. Non a caso, negli anni Sessanta, autorevole dottrina aveva suggerito di appoggiare il potere regolativo esercitato dal Tribunale costituzionale federale non sul § 35 *BVerfGG*, bensì sul § 32 della medesima legge, che prevede espressamente la competenza del giudice costituzionale a dettare regole vincolanti con effetti generali *pro futuro*²⁸.

²⁶ Sulla controversa legittimazione dei comitati etici, da ultimo, T. WISCHMEYER–E. HERZOG, *Digitale Ethik in der Demokratie*, in *Juristen Zeitung*, 2019, 696 ss.

²⁷ Sulle analogie riscontrate nell'esperienza tedesca fra le regole dirette ad assicurare la correzione dell'incostituzionalità, disposte dal giudice costituzionale sul fondamento (non incontestato) del § 35 *Bundesverfassungsgericht* e la regolamentazione transitoria dal medesimo disposta nell'esercizio del potere cautelare disciplinato dal § 32 *BVerfGG*, W. FRENZ, *Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 1993, 248 ss.; S. LAUMEN, *Die Vollstreckungskompetenz nach § 35 BVerfGG*, Lang, Frankfurt am Main, 1997; sul punto, riferimenti in A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentratore di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019. Sulla tutela cautelare nell'esperienza di giustizia costituzionale italiana e tedesca, A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare nel processo costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 157 ss., più ampiamente, ID., *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Aracne, Roma, 2012.

²⁸ Cfr. E. KLEIN, *Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, in *Juristen Zeitung*, 1966, 461 ss.

Nonostante la ritrosia mostrata dalla Corte costituzionale nella concessione di provvedimenti cautelari aventi per oggetto leggi e atti aventi forza di legge, proprio la disciplina del relativo potere nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, prevista dall'art. 35, l. 87/1953²⁹, è indice di una concezione legislativa del compito di garanzia affidato alla Corte costituzionale in linea con quella rivendicata dalla Corte riguardo alla tutela dei diritti dal rischio di pregiudizi gravi e irreparabili che derivino dal mancato seguito legislativo alle sentenze di accoglimento prive del carattere dell'auto-applicatività. Si intende dire, che in mancanza di un fondamento normativo esplicito della «nuova» competenza esercitata dalla Corte, la previsione della tutela cautelare avvalorata, sul piano dell'espresso diritto positivo, la sua legittimazione a svolgere un analogo compito di garanzia³⁰, a maggior ragione, allorché le analoghe esigenze di tutela si presentino anche successivamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, perché il legislatore non provvede a correggere l'incostituzionalità già accertata dal giudice costituzionale. Invero, se nel caso della tutela cautelare i pregiudizi gravi e irreparabili, generalmente, sono soltanto temuti, poiché l'esistenza della lamentata violazione della Costituzione è ancora incerta, nel caso delle regole interinali dirette ad assicurare l'attuazione delle sentenze di accoglimento, la violazione della Costituzione è già accertata.

D'altra parte, la circostanza, che per adempiere al compito di evitare danni gravi e irreparabili ai diritti costituzionali, il legislatore si sia limitato a prevedere la misura della sospensione cautelare della legge è dipesa dalla scarsa consapevolezza delle problematiche della tutela cautelare nella giustizia costituzionale, emersa anche sotto altri profili³¹, non, invece, da una scelta limitativa dei poteri regolativi del giudice costituzionale. La sospensione di atti normativi, infatti, produce sempre inevitabilmente effetti regolativi poiché determina, provvisoriamente, la sostituzione della disciplina sospesa con le regole previgenti o con una situazione priva di qualsiasi regolamentazione.

Se la disciplina del potere cautelare nel giudizio in via principale vale a confermare la legittimazione del giudice costituzionale a dettare le regole provvisorie indispensabili per l'urgenza di evitare danni gravi e irreparabili ai diritti costituzionali, la medesima finalità segna anche i limiti nei quali la ripartizione del potere statale fra Corte costituzionale e legislatore tollera la provvisoria sostituzione³². Se, infatti, la Corte potesse sostituirsi al legislatore nel compimento di qualsiasi scelta discrezionale necessaria a determinare le modalità per rimuovere una violazione della Costituzione, la Corte diventerebbe una terza Camera, sussidiaria al Parlamento³³.

Conviene ora esaminare la «nuova» competenza della Corte costituzionale in rapporto al compito di tutela giurisdizionale dei diritti affidato ai giudici comuni e poi individuare i limiti che il potere regolativo rivendicato dalla Corte costituzionale incontra per l'esigenza di rispettare le prerogative del legislatore.

5. Le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale e il compito di tutela giurisdizionale affidato ai giudici comuni

La descritta estensione del compito di garanzia della Corte costituzionale non determina indebite sovrapposizioni rispetto alla funzione di tutela dei diritti affidata ai giudici comuni. Invero, questi ultimi, per liberarsi dalla soggezione a leggi o a omissioni legislative incostituzionali, sono tenuti a

²⁹ A. GRAGNANI, *La cognizione cautelare*, cit., ID., *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit., 321 ss.; P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 2008; A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2009.

³⁰ La verifica della legittimazione della Corte costituzionale non soltanto sulla base di elementi di diritto positivo ma anche alla stregua dei requisiti costituzionali relativi alla sua attività, sarà svolta al § 6.

³¹ Come risulta, fra l'altro, dalla sorprendente previsione di un termine dilatorio per l'adozione di una misura urgente, cfr. art. 35 l. 87/1953, cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit.

³² Sul punto si rinvia al § 6.

³³ Su questo pericolo, R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, cit.

promuovere l'incidente di legittimità costituzionale e ad attendere la pronuncia della Corte costituzionale, nonché, se del caso, le disposizioni legislative necessarie per la sua attuazione, salvo che siano «delegati» da una sentenza «additiva di principio» a individuare, *medio tempore*, la regola da applicare al caso concreto. Quest'ultima eventualità, tuttavia, non sempre è praticabile, come espressamente precisato dalla Corte costituzionale³⁴. La medesima evenienza è esclusa, in particolare, se ricorrono di inderogabili esigenze di uniformità e certezza del diritto, come tipicamente nel diritto penale³⁵. Del resto, ciò vale, corrispondentemente, nell'ambito della tutela cautelare, dove i giudici comuni dispongono di poteri cautelari adeguati ad assicurare la tutela urgente in presenza di rischi di pregiudizi gravi e irreparabili ai diritti costituzionali. Tuttavia, a rigore, tali poteri incontrano un limite insuperabile in presenza di esigenze cautelari anticipatorie fondate sull'ipotesi di incostituzionalità della legge o di un'omissione legislativa, allorché i provvedimenti cautelari necessari producano effetti irreversibili anche *pro futuro*. Nelle medesime costellazioni, invero, si rende necessario un intervento del giudice costituzionale diretto ad evitare il rischio di pregiudizi gravi e irreparabili ai diritti costituzionali.

6. Legittimazione della Corte costituzionale a dettare regole interinali, loro presupposti e limiti a salvaguardia delle prerogative del legislatore

Le regole interinali dettate dalla Corte costituzionale determinano un'incidenza significativa in un compito proprio del legislatore. Non si tratta di una forma di ingerenza indebita, ma di una provvisoria interferenza resa necessaria proprio dall'inerzia del legislatore che non intende assicurare tempestivamente la realizzazione degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale³⁶. Non è dunque il giudice costituzionale a intralciare la realizzazione delle prerogative del legislatore ma, al contrario, un comportamento di quest'ultimo, che rischia di pregiudicare l'autonomia funzionale della Corte costituzionale.

Attraverso la disciplina provvisoria, la Corte si limita ad assicurare i presupposti necessari per adempiere al proprio compito di garanzia della Costituzione che, altrimenti, sarebbe facilmente messo fuori gioco dall'inerzia del legislatore.

La caratteristica provvisorietà delle regole dettate dal giudice costituzionale conserva intatta la possibilità del legislatore di esercitare le sue prerogative in qualsiasi momento, salvi soltanto i limiti alla retroattività della legge stabiliti dalla Costituzione, nei quali, peraltro, la eventuale futura disciplina legislativa si imbatterebbe inevitabilmente.

Conseguentemente, le medesime regole assicurano l'autonomia funzionale — elemento chiave dell'odierna concezione del principio di separazione dei poteri — sia riguardo alla Corte costituzionale che al Parlamento³⁷.

Se si condivide una concezione funzionalmente unitaria del potere statale orientata alla garanzia dei diritti costituzionali e, quindi, si riconosce che il principio di ripartizione del potere statale ammette interferenze funzionali che non si risolvano in espropriazioni della competenza di altri organi costituzionali, la regolamentazione provvisoria disposta dalla Corte costituzionale non risulta problematica nei limiti in cui essa sia urgentemente necessaria ad evitare gravi pregiudizi ai diritti costituzionali. Anzi, nelle situazioni in cui è urgente superare un vuoto di protezione conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale ovvero imputabile a un'omissione legislativa e alla

³⁴ Cfr. ad esempio, [Corte cost. 19 maggio 1993, n. 243](#), annotata da A. ANZON, *Un'additiva di principio con termine per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1993, 1785 ss.

³⁵ Cfr. [Corte cost. 242/2019](#), cit.

³⁶ Sul tema sono di particolare interesse e attualità le considerazioni di A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, c. 117 ss.

³⁷ Sui risvolti dell'intuitivo concetto di autonomia funzionale, quale componente aggiuntiva del classico modo di intendere il principio di ripartizione dei poteri statali, D. GRIMM, *Stufen der Rechtsstaatlichkeit*, in *Juristen Zeitung*, 2009, 596 ss.

persistente inerzia del Parlamento, alla luce del principio di adeguatezza funzionale³⁸, che rappresenta un canone sussidiario di interpretazione del principio di separazione dei poteri, il giudice costituzionale risulta l'organo più adeguato a provvedere tempestivamente a tali indifferibili esigenze di garanzia dei diritti costituzionali attraverso regole transitorie, allorché esigenze di uniformità e certezza della disciplina non consentano che sia ciascun giudice comune a individuare una regola per il caso concreto.

Quanto alla valutazione del momento temporale che legittima l'intervento del giudice costituzionale in un ambito funzionale proprio del Parlamento, essa dipende dalla concretizzazione di concetti ad altissimo grado di astrazione, come lo sono il requisito dell'urgenza, espresso nelle parole della Corte attraverso l'assoluto rigore terminologico dell'«indifferibilità», nonché il requisito della gravità del pregiudizio, tale da giustificare la provvisoria compressione del valore attribuito dalla Costituzione alle prerogative di scelta del Parlamento.

Resta ora da verificare la legittimazione della Corte costituzionale alla statuizione delle regole interinali in esame, vincolanti *erga omnes* e *pro futuro* con i requisiti richiesti dalla connotazione in senso lato giurisdizionale delle sue funzioni, stabilita dalle disposizioni costituzionali e ordinarie che ne disciplinano il funzionamento.

Punto di partenza di ogni valutazione in merito è la constatazione che le medesime regole rappresentano un'attività creativa, in senso proprio³⁹. La problematica in esame, dunque, è diversa da quella risalente, sollevata dalla natura inevitabilmente creativa dell'interpretazione del giudice⁴⁰.

La creatività delle medesime regole non implica, peraltro, che esse siano necessariamente manifestazioni di volontà politica, ciò che le renderebbe incompatibili con i requisiti costituzionali di legittimazione del giudice costituzionale.

Ad escludere tale connotazione, vale, innanzitutto, la considerazione che le regole interinali dettate dal giudice costituzionale non sono creazioni del tutto libere. Non lo sono nella loro provvisorietà, nell'iniziativa, nella finalità perseguita e nel contenuto. Elementi tutti, che nonostante la loro efficacia generale e anche *pro futuro*, le mantiene collegate a una specifica dichiarazione di illegittimità costituzionale. Non si tratta, quindi, della disciplina di un'astratta classe di rapporti stabilita dalla Corte costituzionale. Si tratta, piuttosto, di regole occasionate da un particolare giudizio di legittimità costituzionale promosso dinanzi alla Corte e sono regole finalizzate ad assicurare la tutela indifferibile di diritti costituzionali dalle violazioni *ivi* riscontrate. Inoltre, il loro contenuto deve essere limitato a quanto strettamente necessario per assicurare gli effetti della sentenza di accoglimento ed eventualmente per regolarli in modo da evitare che essi diano luogo a una situazione di più grave incostituzionalità⁴¹. Si aggiunge nella stessa direzione, l'esigenza, per quanto possibile⁴², che le medesime regole siano ispirate alle concezioni regolative espresse dalla legislazione vigente. Non si tratta, dunque, di regole paragonabili all'esercizio della funzione legislativa.

Non appare problematica, infine, rispetto ai requisiti costituzionali di legittimazione della Corte costituzionale, la circostanza che si tratti di regole che reclamano un valore vincolante con effetti generali e non di mero precedente giurisprudenziale. In proposito, la tradizionale idea, secondo la quale l'applicazione della legge al caso concreto costituirebbe il tratto distintivo dell'attività

³⁸ Sul canone di adeguatezza funzionale, R. A. LORZ, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001. Sul principio di adeguatezza come parametro di decisione è di particolare interesse la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, ad esempio *BVerfGE*, 68, 1, 86; sul tema per ulteriori precisazioni con riferimento all'esperienza tedesca, A. GRAGNANI, [La distinzione fra diritto e potere nello Stato di diritto costituzionale: il comunicato-stampa «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» e il canone di «adeguatezza funzionale»](#), in [Consulta Online](#), Studi 2014 (13.01.14)

³⁹ Sulla distinzione fra attività creative del diritto e creatività immanente all'interpretazione, oltre al sempre attuale contributo di A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale*, cit., è di notevole interesse il saggio di C. CASTRONOVO, *L'aporia fra ius dicere e ius facere*, in *Europa e dir. privato*, 2016, 981 ss.

⁴⁰ Sul tema, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, 391 ss.

⁴¹ Sul tema, A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale*, cit., specialmente c. 123 ss.;

⁴² Vale a dire nei limiti di compatibilità con la Costituzione.

giurisdizionale deve tenere conto che l'efficacia generale e anche *pro futuro* delle decisioni del giudice costituzionale è prevista dalla stessa Costituzione⁴³.

Pertanto, la competenza della Corte costituzionale a dettare le regole interinali indispensabili per l'indifferibile necessità di evitare danni gravi, irreparabili e non altrimenti evitabili derivanti dalla violazione della Costituzione, allorché la dichiarazione di illegittimità costituzionale non sia auto-esecutiva ma richieda scelte discrezionali del legislatore circoscritte alle modalità di garanzia dei diritti costituzionali, è compatibile con il principio di ripartizione del potere statale e rientra nel compito di garanzia affidato alla Corte, a condizione che si mantenga nei rigorosi limiti sopra esaminati⁴⁴.

Con la precisazione che si tratta di un potere-dovere della Corte costituzionale, non certo, ovviamente, di una sua facoltà discrezionale⁴⁵.

7. Conclusioni e prospettive

La competenza del giudice costituzionale a dettare le regole interinali indispensabili per assicurare l'indifferibile correzione dell'accertata incostituzionalità trova un implicito fondamento nelle disposizioni costituzionali che le attribuiscono il compito di garantire la Costituzione. I giudizi di legittimità costituzionale, infatti, non si esauriscono in una semplice attestazione relativa all'illegittimità costituzionale della legge ma sono diretti a rendere possibile la garanzia dei diritti e degli interessi costituzionali nei reali rapporti giuridici, come attesta la scelta della via incidentale, come canale ordinario di accesso alla giustizia costituzionale. In tal senso, inoltre, il compito di garanzia della Costituzione è stato interpretato, fra l'altro, dalla disciplina del potere di sospensione cautelare della legge, che produce inevitabilmente effetti normativi interinali sulla base di indifferibili esigenze di tutela dei diritti e degli interessi costituzionali, con la finalità di assicurare gli effetti della sentenza di illegittimità costituzionale, analogamente al «nuovo» potere regolativo esercitato dalla Corte costituzionale.

Per le ragioni illustrate la «nuova» competenza è necessaria al funzionamento della Corte costituzionale (art. 137, comma 2, Cost.). La circostanza che soltanto di recente ne sia stata avvertita l'esigenza si spiega con il mutamento del contesto storico nel quale la Corte è chiamata a svolgere il suo compito⁴⁶, con la parallela accresciuta rilevanza delle differenti funzioni di garanzia dei diritti costituzionali, fra le quali, è sensibilmente aumentata la domanda di tutela delle dimensioni che richiedono l'attivazione del potere legislativo piuttosto che la sua limitazione. Si tratta, di frequente, di bisogni di protezione che derivano dallo sviluppo scientifico e tecnologico, che richiede, per l'appunto, di essere regolato dal legislatore affinché siano salvaguardati i diritti costituzionali. Esempio il «rischio di sopravvivenza»⁴⁷ causato dai progressi della scienza medica «spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali». Dalla mancanza di una disciplina adeguata a fronteggiare tale rischio, infatti, ha avuto origine il noto «caso Cappato», che ha occasionato la regolamentazione

⁴³A. VOBKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG (diss.)*, München, 1993, 75 ss.

⁴⁴ Per un'apertura all'esercizio della «nuova» competenza della Corte costituzionale, M. CECCHETTI, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul 'caso Cappato'*, in Federalismi.it, 2019.

⁴⁵ Sull'esigenza che la Corte costituzionale assicuri il proprio compito di garanzia, P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, cit., in particolare, nel passaggio citato al § 1.

⁴⁶ Cfr. E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni immagine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 2019, 777 ss.

⁴⁷ L'espressione citata è di B. MAGRO, *The Last Dance. Riflessioni a margine del c.d. Caso Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 10. Sul punto, A. GRAGNANI, *Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentratore di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)*, cit.

dettata dalla Corte costituzionale nella [sentenza 242/2019](#)⁴⁸. Del resto, la storia delle varianti decisorie delle questioni di legittimità costituzionale è, in effetti, anche la storia dei bisogni di garanzia dei diritti costituzionali, basti pensare all'ampia categoria delle sentenze «additive», «di principio», «di prestazione», «di meccanismo».

Si aggiunge un'accresciuta sensibilità per la garanzia effettiva dei diritti costituzionali. In tal senso si spiegano le regole interinali stabilite dalla Corte costituzionale in sostituzione di sanzioni privative della libertà personale, incostituzionali perché non proporzionate all'offensività delle condotte⁴⁹.

Resta ferma l'esigenza di una disciplina legislativa che regoli la «nuova» competenza esercitata dalla Corte costituzionale, che, peraltro, non è da attendere in tempi prevedibili.

Alla condizione che siano rispettati i rigorosi presupposti di indifferibilità dell'intervento regolativo, i limiti di scopo e di contenuto sopra esaminati, la «nuova» competenza della Corte è compatibile con il principio di ripartizione del potere statale, se inteso secondo una concezione funzionalmente unitaria dei poteri, orientata alla garanzia dei diritti costituzionali e attenta all'integrità funzionale di ciascun organo costituzionale, compresa la Corte costituzionale, che non faceva parte dello schema classico del principio di separazione dei poteri, sicché la sua presenza richiede rilevanti aggiustamenti del modello originario⁵⁰.

Se tutte le considerazioni svolte consentono di comprendere e giustificare come doveroso l'esercizio della «nuova» competenza della Corte costituzionale, tuttavia, non valgono a rendere innocuo e reiterabile di frequente, senza inconvenienti, il conseguente provvisorio spostamento di potere dal Parlamento al giudice costituzionale.

Non è trascurabile, in particolare, il rilievo che il carattere realmente interinale delle regole stabilite dalla Corte costituzionale è sottratto al suo controllo e dipende, in definitiva, dalla lealtà del Parlamento nel dare seguito ai moniti della Corte e alle dichiarazioni di illegittimità costituzionale.

L'insidia maggiore è rappresentata dal rischio che il legislatore «approfitti» dell'attuazione «minimalista» offerta dalla disciplina stabilita dal giudice costituzionale per scansare la responsabilità politica di questioni divisive.

La Corte costituzionale ne ha mostrato consapevolezza. Significativa in tal senso, fra le altre, la già ricordata [sentenza 242/209](#), che ribadisce «con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di *sollecita e compiuta disciplina* da parte del legislatore»⁵¹.

Sono difficilmente pensabili rimedi giuridici efficaci per contrastare sviluppi ulteriormente erronei di una competenza che ha origine in una situazione patologica, come la reiterata indolenza del legislatore ai moniti della Corte costituzionale.

⁴⁸ [Corte cost. ord. 16 novembre 2018, n. 207](#), punto 8 della motivazione.

⁴⁹ Per un quadro approfondito della profonda evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia penale, V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino 2019, *passim*.

⁵⁰ Cfr. A. VOBKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter*, cit., 33 ss.

⁵¹ [Corte cost. 242/2019](#), cit., punto 9 del Considerato in diritto.