



Università degli studi della Tuscia di Viterbo

Dipartimento di Scienze giuridiche, sociali e pedagogiche (DIKE)

Corso di dottorato di ricerca in

Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione – XXXVII ciclo

**TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E GIURISPRUDENZA
COSTITUZIONALE IN MATERIA PENALE. IL TEMA DELLA
DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA**

Settore scientifico-disciplinare
GIUR-05/A Diritto costituzionale e pubblico

Tesi di dottorato di:

Dott. Angelo Raffaele Salerno

Coordinatrice del corso

Prof.ssa Rosa Anna Ruggiero

Tutore

Prof. Luigi Principato

A.A. 2023/2024

A mia madre

Indice.

I.

LE PREMESSE COSTITUZIONALI DELLA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA IN MATERIA PENALE.

1. Prime considerazioni.....	1
2. La riserva di legge.....	10
2.1. Metamorfosi d'un istituto.....	11
2.2. La ricostruzione della riserva di legge penale nella giurisprudenza costituzionale.....	17
2.3. La riserva di legge come limite alle possibilità d'intervento della Corte costituzionale.....	19
2.3.1. Le questioni di legittimità costituzionale in malam partem: dai problemi di rilevanza all'inammissibilità legata alla riserva di legge.....	20
2.3.2. Le questioni in malam partem relative a fatti pregressi e la retroattività della legge penale più favorevole: cenni.....	27
2.3.3. Le aperture successive nel sindacato sulle norme penali di favore.....	30
2.3.4. Le questioni in bonam partem: rinvio.....	38
2.3.5. Le possibilità d'intervento della Corte costituzionale alla luce della riserva di legge: un riepilogo.....	39
3. Tre declinazioni della discrezionalità legislativa.....	41
3.1. La fattispecie.....	43
3.2. Le sanzioni.....	48
3.3. Gli altri istituti della punibilità.....	64
4. La costruzione giurisprudenziale dell'ultima ratio.....	69
5. Legge, Costituzione, obblighi di tutela penale.....	74
6. Il paradigma costituzionale della legalità penale.....	82
6.1. Determinatezza e tassatività nella dinamica dei bilanciamenti.....	83
6.2. La legalità penale come principio supremo: la vicenda Taricco.....	85
7. I limiti della manifesta irragionevolezza e dell'arbitrio come presupposti per un sindacato liminare in materia penale.....	99

II. L'EPOCA DEL RISPETTO DELLA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA.

1. L'invalidità della legge penale. Tre limiti della funzione legislativa in una prospettiva diacronica.....	107
2. La «Cenerentola della Carta repubblicana» e la giurisprudenza dei primi anni.....	113
2.1. Le prime ipotesi di violazione della Costituzione.....	116
2.2. La personalità della responsabilità penale come divieto di responsabilità per fatto altrui.....	119
2.3. Gli albori del giudizio di eguaglianza sulle norme penali e l'interpretazione della Costituzione alla luce della legge.....	120
2.4. La tendenza alla conservazione nella prima giurisprudenza sui principi del diritto costituzionale penale.....	124
2.5. Norme penali e incompetenza. Il monopolio della legge statale e l'ammissibilità degli atti equiparati.....	125
2.6. Minime conclusioni: la prima giurisprudenza costituzionale e il potere discrezionale del Parlamento.....	126
3. Il disgelo costituzionale. La progressiva incidenza del principio di eguaglianza e le prime manipolative in materia penale.....	127
3.1. La necessità costituzionale di tutela dei diritti fondamentali e le prime manipolative.....	129
3.2. La graduale emersione del principio di colpevolezza.....	132
3.3. L'espansionismo normativo del principio d'eguaglianza alla luce dell'assiologia costituzionale.....	133
3.3.1. L'eguaglianza di fronte alla pena.....	137
3.3.2. Le pene fisse e «una riparatrice giustizia distributiva».....	139
3.3.3. Eguaglianza e presunzioni di pericolosità sociale.....	142
3.4. Il finalismo rieducativo delle pene prima della riforma del 1975 e la questione dell'ergastolo.....	144
3.5. Legge e Costituzione attraverso la lente dei conflitti assiologici: il caso dell'aborto.....	146
4. Primo caveat. Rime obbligate e materia penale.....	149
5. Secondo caveat. Lo spartiacque della sentenza Paladin.....	161
6. Gli anni d'oro della giurisprudenza costituzionale in materia penale: due momenti topici.....	166
6.1. La sentenza n. 364 del 1988 sul principio di colpevolezza....	169
6.2. La sentenza n. 313 del 1990 sul finalismo rieducativo.....	173
7. Alcune linee di tendenza fra metà anni Novanta e primi Duemila.....	176
8. Una discrezionalità legislativa privilegiata?	181

III.
I SINTOMI DI UNA RIDEFINIZIONE DELLA
DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA. UN'ANALISI DEI TOPOI
ARGOMENTATIVI.

1.	Una fase nuova.....	185
2.	Dalle rime obbligate alle rime possibili.....	188
3.	Il giudizio sulla ragionevolezza delle pene.....	190
3.1.	Il leading case: la sentenza n. 236 del 2016 in tema di alterazione di stato.....	198
3.2.	La sentenza n. 222 del 2018 in tema di bancarotta e le pene fisse.....	206
3.3.	La sentenza n. 40 del 2019 in tema di stupefacenti e la questione del minimo edittale.....	216
3.4.	Ancora sui minimi. La sentenza n. 244 del 2022 e la necessità di una «valvola di sicurezza» per i fatti di lieve entità.....	223
3.5.	La sentenza n. 28 del 2022 e la ragionevolezza delle pene pecuniarie.....	225
4.	La progressiva espansione normativa del finalismo rieducativo..	227
5.	Gli automatismi legislativi in materia penale	235
5.1.	Recidiva.....	235
5.2.	Reati ostativi.....	241
6.	Forme e limiti dell'estensione delle garanzie penalistiche al diritto amministrativo punitivo.....	253
7.	La giurisprudenza costituzionale sul divieto di bis in idem.....	270
8.	Le norme che incidono sulla natura della pena e il divieto di retroattività.....	299
9.	Il caso Cappato-Antoniani. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinanza n. 207 del 2018 e nella sentenza n. 242 del 2019.	303
10.	Prime conclusioni.....	324

IV.
UNA GIURISPRUDENZA IN NEGATIVO. GLI SPAZI DI UNA
DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA RIDEFINITA.

1.	Tracciando un negativo. L'opportunità politica nella giurisprudenza costituzionale in materia penale.....	331

2.	Discrezionalità legislativa e ragionevolezza delle pene.....	333
2.1.	Le cornici edittali e la logica del probabile.....	337
2.1.1.	La questione del massimo edittale.....	338
2.2.	Le pene fisse e gli indici di adeguatezza «alle concrete manifestazioni del fatto punito».....	341
2.3.	Le pene proporzionali fra coefficienti di computo e indici di offensività.....	342
2.4.	Il concorso fra pene detentive e pene pecuniarie e l'argomento del «complessivo trattamento sanzionatorio»....	346
2.5.	Le rimodulazioni dell'ordinario bilanciamento fra circostanze alla luce di «particolari esigenze di protezione di beni costituzionalmente tutelati».....	348
2.6.	Minime osservazioni sulla pena naturale.....	350
3.	Discrezionalità legislativa e costruzione della fattispecie-base: la «tecnica del ritaglio».....	352
4.	Ancora in tema di automatismi.....	353
5.	Discrezionalità legislativa, offensività, «responsabilità penale d'autore».....	355
6.	Il caso della sospensione del corso di prescrizione del reato durante la pandemia da COVID-19.....	358
7.	La cedevolezza del giudicato costituzionale come fattore di riespansione della discrezionalità legislativa.....	364
8.	Sulla discrezionalità legislativa residua.....	368

V.

«IL TALLONE D'ACHILLE DELLA CORTE COSTITUZIONALE». LEGGE E LIBERTÀ NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN MATERIA PENALE.

1.	«Una nuova sensibilità» e le sue conseguenze.....	375
2.	«Il tallone d'Achille della Corte costituzionale».....	377
3.	La tutela effettiva dei diritti fondamentali in materia penale tra giudici e legislatori.....	383
3.1.	Cenni su alcune linee evolutive della tutela dei diritti fondamentali nelle trasformazioni costituzionali.....	383
3.2.	Sindacato di legittimità costituzionale in materia penale e tutela dei diritti.....	387
3.3.	Sindacato di legittimità costituzionale in materia penale e separazione dei poteri.....	389
3.4.	Alcune precisazioni su riserva di legge e sindacato di legittimità costituzionale.....	392
4.	Sulla legittimazione della Corte costituzionale.....	395

VIII

5. Flussi e riflussi del diritto costituzionale penale.....	403
Bibliografia essenziale.....	407

I.

LE PREMESSE COSTITUZIONALI DELLA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA IN MATERIA PENALE.

Sommario: 1. Prime considerazioni. – 2. La riserva di legge. – 2.1. Metamorfosi d'un istituto. – 2.2. La ricostruzione della riserva di legge penale nella giurisprudenza costituzionale. – 2.3. La riserva di legge come limite alle possibilità d'intervento della Corte costituzionale. – 2.3.1. Le questioni di legittimità costituzionale in malam partem: dai problemi di rilevanza all'inammissibilità legata alla riserva di legge. – 2.3.2. Le questioni in malam partem relative a fatti pregressi e la retroattività della legge penale più favorevole: cenni. – 2.3.3. Le aperture successive nel sindacato sulle norme penali di favore. – 2.3.4. Le questioni in bonam partem: rinvio. – 2.3.5. Le possibilità d'intervento della Corte costituzionale alla luce della riserva di legge: un riepilogo. – 3. Tre declinazioni della discrezionalità legislativa. – 3.1. La fattispecie. – 3.2. Le sanzioni. – 3.3. Gli altri istituti della punibilità. – 4. La costruzione giurisprudenziale dell'ultima ratio. – 5. Legge, Costituzione, obblighi di tutela penale. – 6. Il paradigma costituzionale della legalità penale. – 6.1. Determinatezza e tassatività nella dinamica dei bilanciamenti. – 6.2. La legalità penale come principio supremo: la vicenda Taricco. – 7. I limiti della manifesta irragionevolezza e dell'arbitrio come presupposti per un sindacato eliminare in materia penale.

1. Prime considerazioni.

In seno alla giuspubblicistica italiana del secondo Novecento, il legame fra diritto costituzionale e diritto penale ha tradizionalmente goduto di una peculiare considerazione¹. Dopo la tragica, ventennale esperienza del regime fascista in cui il volto della legalità era stato irrimediabilmente sfregiato², la questione dell'individuazione delle modalità di contenimento degli eccessi del potere di punire non poteva in effetti rimanere estranea al dibattito giuspubblicistico; un dibattito in cui pure si era ben consapevoli dell'ampia latitudine valutativa in capo

¹ Nei primi decenni di vigenza della Costituzione repubblicana, seminali gli studi monografici di P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954 e di M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, nonché, fra i costituzionalisti – seppure con un taglio incentrato più sullo statuto costituzionale della libertà personale in sé e per sé – le ricerche di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967 e A. BARBERA, *I principî costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, oltre a quella di L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.

² «Già il Codice penale sottolinea espressamente questo principio, ma dopo venti anni di sofferenze inenarrabili in cui questo è stato violentato, è bene che la nuova Costituzione, la prima Costituzione della Repubblica italiana, sancisca il principio secondo il quale: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*» (G. BETTIOL, Intervento nella seduta di mercoledì 26 marzo 1947, LXXVI, Resoconto stenografico, Atti dell'Assemblea costituente, 2498, consultabile in <https://legislature.camera.it>).

al potere legislativo³, anche alla luce di solide argomentazioni di diritto costituzionale⁴. Delle riflessioni maturate su questo nesso fra i due rami del giuridico in cui più che altrove è problematico e centrale il rapporto fra libertà e autorità, il costituzionalismo penale italiano rappresenta com'è noto la più alta eredità teoretica: la questione della Costituzione non più mero limite, ma fondamento del diritto penale⁵.

³ In tema di discrezionalità legislativa intorno all'*an*, ovverosia la possibilità di prevedere un determinato fatto come reato, e intorno al *quantum* sanzionatorio che allo stesso si lega, viene spesso citato anche se talvolta sovra-interpretato un noto passo di Leopoldo ELIA in *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., 14 relativo al procedimento che nell'ordinamento italiano porta a sancire una pena: «il legislatore pensa (se è lecito, per comodità di discorso, personificarlo in tal modo) ad un fatto commissivo od omissivo e conserva la più ampia discrezionalità nell'*an*, e ciò in ordine alla possibilità di prevedere o meno quel fatto come reato, scegliendo il tipo e il "quantum" della pena». Parliamo di sovra-interpretazione in quanto il passo riportato è stato spesso ripreso in letteratura per parlare di una discrezionalità legislativa pressoché assoluta in materia penale, non considerando tuttavia il fatto che l'autore in realtà colloca questo passaggio in uno snodo argomentativo volto a evidenziare come in realtà, al tempo in cui scriveva, misure come l'ammonizione e il confino non venivano dal legislatore ricondotte alle categorie del reato o del quasi-reato, alle quali si sarebbe evidentemente legata la conseguenza per cui le persone alle stesse sottoposte avrebbero goduto di importanti garanzie costituzionali proprio «in ordine al momento applicativo delle pene» o concernenti «il momento normativo della punibilità» (ivi, 14 ss.). Certe letture sembrano semplificare eccessivamente una riflessione in cui era ben chiaro, da un lato, che un potere discrezionale è un potere per definizione limitato, lasciando per altro verso trasparire l'idea che negli anni Sessanta le pene potessero risultare manifestamente e gravemente sproporzionate rispetto ai fatti commessi senza destare critiche nei giuristi del tempo più sensibili alla questione delle garanzie del diritto costituzionale penale.

⁴ Noto è il dibattito intorno alla *ratio* della riserva di legge penale, «Grundnorm legittimante del diritto penale» (C.E. PALIERO, *Conclusioni*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 281). Osserva L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 2 che la riserva «prima che le relazioni tra atti, riguardi i rapporti tra gli organi da cui quegli atti emanano», e che è dunque «vano in questa prospettiva incontrovertibile disputare se l'istituto risponda ad un'esigenza *garantista*, o, invece, *democratica*; i due aspetti risultano in concreto storicamente inscindibili e assolutamente compenetrati come elementi essenziali della struttura dello Stato di diritto che entrambe le ideologie, democratica e liberale, hanno concorso a determinare: senza il carattere dell'organo che la emana, la legge, quale strumento di garanzia, sarebbe inconsistente». L'autrice citata puntualizza peraltro che in ogni caso è giusto sottolineare «la duplice valenza» di questa *ratio* e l'autonomia teorica di ognuno dei suoi elementi, evidenziando che «in alcuni casi di riserva è proprio la *ratio* democratica quella prevalente, anche se non l'unica», a differenza della ricostruzione teorica di A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 64 ss.

⁵ «L'approccio costituzionalistico al diritto penale», è stato autorevolmente osservato, «è cosa ben diversa dall'idea che il diritto penale non debba contrastare con la Costituzione. Ogni legge ordinaria, evidentemente, non può violare la legge fondamentale che le è sovraordinata. Se l'esperienza italiana relativa ai rapporti fra diritto penale e Costituzione si limitasse a questo dato, non meriterebbe forse una menzione particolare. La sua peculiare caratteristica, invece, è stata, a partire dagli anni settanta del XX secolo, di porsi come un approccio dove la Costituzione, anziché mero limite, era da intendersi quale fondamento della pena e del diritto penale» (M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2, 2001, 29). La maturazione del costituzionalismo penale italiano avviene com'è noto a partire dalla riflessione di Franco BRICOLA, germinata su postulati già emersi in seno alla penalistica tedesca di fine anni Cinquanta (si veda il ricco scritto di W. SAX, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. Bettermann, H.C. Nipperdey e U. Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte. Handbuch der*

Al di là dello sfondo teorico, nei lunghi decenni di attività della Corte costituzionale italiana, la giurisprudenza in materia penale – materia che riteniamo coincidente col terreno delle scelte di criminalizzazione, di quelle sulla tipologia e sulla dosimetria sanzionatoria e di quelle in ogni caso incidenti su profili della punibilità⁶ – è stata da sempre caratterizzata da un giudizio sull'esercizio della funzione legislativa che ha tradizionalmente restituito l'immagine di un'ampia discrezionalità⁷. Potremmo addirittura arrivare a dire – senza particolari timori di smentita – che proprio

Theorie und Praxis der Grundrechte, III, Berlin, 1959, 909 ss.) e messa più compiutamente a sistema nella celeberrima voce *Teoria generale del reato* pubblicata nel 1973 all'interno del volume XIV del *Novissimo Digesto italiano* (UTET). Una teorica che ha rappresentato uno spartiacque tanto netto e profondo per la riflessione penalistica dell'epoca da lasciare un segno indelebile anche nella complessiva esperienza giuridica italiana del Novecento. «Tale opera», è stato scritto, «va oltre il suo tempo, per aprire orizzonti più vasti, che sono quelli di un giurista visionario, che ha dato alle generazioni successive una prospettiva, un percorso, una direzione che supera l'argomentazione sui testi della carta fondamentale» (M. DONINI, *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in *Lo Stato*, 2022, 33). Un percorso scientifico che ha veramente contribuito a rivitalizzare fondamentali profili della Costituzione del 1947 e a spingere la scienza giuridica a interrogarsi in termini inediti sulle condizioni di esistenza di un diritto penale più rispettoso di un'assiologia costituzionale che pone la persona al centro. Un percorso scientifico non sempre seguito dal Parlamento e dalla Corte costituzionale, la quale ha anzi fin dall'inizio inquadrato il rapporto tra legge e Costituzione in termini assai meno rigidi. In effetti, nel tracciare le linee di una teoria generale del reato, Franco Bricola era perfettamente consapevole dell'ineludibilità dell'incidenza della Costituzione repubblicana sul sistema penale, un'incidenza letta tuttavia in un senso non meramente limitativo della discrezionalità legislativa ma fondativo rispetto al suo esercizio, con ciò distaccandosi nettamente da approcci scientifici consolidati. Il che, se sul piano scientifico significava anzitutto porsi in una posizione di cesura rispetto al tecnicismo giuridico, significava anche e soprattutto sostenere che proprio in quel testo andasse ricercato il 'volto costituzionale' dell'illecito penale alla cui attuazione il legislatore sarebbe stato chiamato. Noti i limiti di questa teorica, che – se ci è concessa una forse eccessiva sintesi vista da una prospettiva di diritto costituzionale, non potendo in questa sede soffermarci compiutamente sul punto – risiedono essenzialmente in una teoria con alla base un'idea di costituzione troppo 'forte', che reca con sé il rischio di rendere eccessivamente asfittico l'esercizio della discrezionalità legislativa. Questa, ad avviso di chi scrive, la fondamentale problematica sottesa a quel rivoluzionario impianto, da quale ne discendono altre, più o meno direttamente correlate, che la critica all'impianto teorico di Bricola ha da tempo evidenziato. Può in ogni caso valere la pena di riportare il giudizio che su quest'importante teorica e sul maestro di Bologna formulò un autorevole storico del diritto, il quale ascriveva Bricola ad «una penalistica capace di impegno», e di una costruzione in cui «valori decisivi per la 'civiltà' dell'ordinamento», e su tutti la libertà, «vengono condotti ed esaltati dentro una costruzione dogmatica robusta, fatta insieme di sperimentata *routine* e di intelligente inventiva, lungo le linee di un 'programma' politico innovativo, rivolto principalmente al legislatore, ma seminato prima nella scienza con la forza delle idee, congiunta alla persuasività della maestria tecnica. Perché si costruiscono le grandi cattedrali, come si dice, se l'architetto conosce bene il taglio delle pietre» (M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 546).

⁶ Si tratta di categorie di opzioni legislative tutte riconducibili al campo applicativo della riserva di legge penale posta dall'art. 25, secondo comma, Cost. Il fatto che una simile materia si estenda al di là della definizione delle fattispecie astratte e di quelle intorno alle sanzioni risulterà più chiaro ripercorrendo ad esempio la giurisprudenza costituzionale in tema di prescrizione.

⁷ Tanto che un ex Presidente della Consulta ebbe a dire che in relazione al diritto penale sostanziale «la Corte fu animata sin dall'inizio, salvo che per disposizioni palesemente incostituzionali, da un senso di rispetto, ed in ogni caso di prudente accettazione» (G. VASSALLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, IX).

*quest'ampia discrezionalità legislativa in materia penale ha a lungo caratterizzato a un livello più ampio e profondo lo stesso diritto costituzionale italiano: leggere la sindacabilità della legittimità costituzionale delle norme di diritto penale in termini meno stretti rispetto ad altre aree del tessuto legislativo ha infatti rappresentato per quasi settant'anni un tratto caratterizzante della giustizia costituzionale italiana, con le sue ovvie implicazioni sul piano ordinamentale e soprattutto sulle possibilità di tutela dei diritti fondamentali eventualmente compressi dalle scelte legislative⁸. Se questo è vero, il dato ci restituisce pure una conseguenza evidente: oggi, a differenza di ieri, in un contesto in cui il *judge-made system* europeo si connota per un approccio sempre più sostanzialista e sempre più penetrante nei suoi giudizi nei confronti dell'esercizio del potere legislativo – in particolare, ma non solo, alla luce dell'impulso della giurisprudenza della Corte EDU – *l'inclinazione della Corte costituzionale a seguire queste tendenze, ampliando le possibilità e intensificando i modi del proprio sindacato anche in materia penale, segna una fase nuova del diritto costituzionale italiano*. Un diritto in cui il grado di penetrazione della legalità costituzionale nel tessuto legislativo è particolarmente profondo e pregnante, anche di fronte ad ambiti tradizionalmente connotati da un'elevata politicità. Un diritto rispetto al quale, al fine di una più matura e profonda comprensione degli assetti che lo hanno ridefinito, proprio l'analisi di una rassegna di casi scelti in materia penale può essere utile a verificare sul piano della coerenza interna la sostenibilità delle nuove linee di tendenza della giustizia costituzionale e, a un livello più ampio, le implicazioni delle stesse proprio sullo stato attuale del diritto costituzionale italiano. Infatti, *una ridefinizione della discrezionalità legislativa in materia penale determina a catena un profondo cambiamento nel diritto costituzionale, perché tocca inevitabilmente le sue corde più profonde, quello che è forse il suo stesso elemento di legittimazione: la tutela dei diritti fondamentali*. Il che va esattamente al cuore della grande questione sottesa all'esistenza di una democrazia costituzionale, che in termini quasi tautologici è appunto *la tensione e con essa la perenne ricerca di equilibrio fra tutela dei diritti fondamentali e democrazia*.*

Tanto premesso, è noto che il giudizio di legittimità costituzionale in materia penale è stato negli ultimi anni al centro di alcune significative evoluzioni: il punto di 'svolta' è generalmente individuato nella sentenza n. 236 del 2016, dove la Corte costituzionale è passata in maniera evidente da un giudizio sulla proporzionalità della pena di tipo triadico – 'agganciato' quindi alla presenza di un *tertium comparationis* – svolto, come da tradizione, alla luce del principio di eguaglianza, a un giudizio diadico sulla sua ragionevolezza intrinseca alla luce di un diverso parametro; sentenza in cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una cornice sanzionatoria prescindendo dall'individuazione di una soluzione

⁸ Del resto, pleonastico evidenziarlo, la scelta di ricorrere alla sanzione penale racchiude un potenziale afflittivo ineguagliato proprio sulla sfera di libertà della persona, e dunque sui diritti fondamentali, per cui proprio in questo senso una forte deferenza della Corte nei confronti di quest'ultima non poteva non significare un peculiare tratto del diritto costituzionale italiano, nell'ambito del quale una vasta area della legislazione non trovava nella tutela effettiva dei diritti un limite pregnante così come lo è al giorno d'oggi.

costituzionalmente obbligata per la parte ricostruttiva del proprio intervento⁹. Pronuncia sulla quale torneremo più oltre e cui si è accompagnata una serie di ulteriori sentenze nelle quali si coglie nitidamente un significativo ripensamento delle possibilità d'intervento del Giudice delle Leggi in materia penale.

Si tratta, se non di un vero e proprio cambio di paradigma afferente alla totalità del sindacato di legittimità costituzionale in questa parte del tessuto legislativo, almeno di una serie di linee giurisprudenziali che si discostano significativamente da alcuni paradigmi consolidati, rendendo il giudizio sulle sanzioni penali più stretto sul piano della pervasività del controllo nel merito¹⁰ e meno legato agli schemi processuali e alle costruzioni giurisprudenziali che lo avevano tradizionalmente orientato e in larga parte vincolato. In breve: *esistono nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni una serie di sintomi, nessuno dei quali preso in sé stesso è evidentemente decisivo, che nel loro complesso ci consentono di affermare che la discrezionalità legislativa in materia penale ha subito una significativa compressione*. E si assiste così a un singolare paradosso: proprio nel ramo del diritto dove, ancora fino a qualche anno, poteva osservarsi che la discrezionalità legislativa

⁹ Nel caso, la Corte era stata chiamata a decidere della questione di legittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma, cod. pen. («Alterazione di stato») rispetto agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui prevedeva, secondo il Tribunale di Varese, un trattamento sanzionatorio irragionevolmente eccessivo e sproporzionato anche rispetto ad altri reati previsti nel Libro II, Titolo XI, Capo III del codice penale. In particolare, i due imputati erano accusati di aver concorso, nella formazione dell'atto di nascita di una neonata, all'alterazione dello stato civile attraverso la falsa attestazione che la bambina fosse nata dall'unione dei dichiaranti. Il giudice *a quo* dubitava dunque della legittimità costituzionale della disposizione in quanto, ritenendo di doverla necessariamente applicare al caso di specie, risultava eccessiva nel minimo (ben cinque anni di reclusione) oltre che sproporzionata rispetto ad altre norme del codice penale che individuano condotte più gravi sul piano della capacità a delinquere e dell'allarme sociale. In breve, il Tribunale riteneva di essere impossibilitato nell'adeguamento della sanzione rispetto alle circostanze specifiche della vicenda concreta, anche «tenendo conto che, in molti casi, la condotta antiggiuridica tipizzata dall'art. 567, secondo comma, cod. pen. è posta in essere proprio nell'interesse del neonato (magari privo di un padre o che il genitore naturale non vuole riconoscere), al quale l'agente intende attribuire, comunque, dei legami familiari, ancorché in un'ottica certamente distorta e scorretta» (punto 1.2 del *Ritenuto in fatto*). Nella sentenza in questione, la Corte riconosce l'illegittimità costituzionale della pena prevista dall'art. 567, secondo comma, cod. pen. nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni: la nuova cornice edittale è individuata dalla Corte all'interno dello stesso art. 567, rappresentando la pena prevista dal primo comma per l'ipotesi di alterazione dello stato di famiglia del neonato commessa mediante la sua sostituzione. Invero, non tutti concordano con l'individuazione del superamento della dottrina delle 'rime obbligate' già in questa pronuncia: sul punto, nonché sull'articolato apparato argomentativo che conduce la Corte a questa conclusione, torneremo in ogni caso più oltre.

¹⁰ Il che, si badi, non significa un accantonamento definitivo del giudizio svolto alla luce di un *tertium comparationis*, ma soltanto che la Corte costituzionale si riserva ora un giudizio molto vicino a un giudizio stretto, e soprattutto legato a indici valutativi d'impronta marcatamente sostanzialista che le consentono di sondare la proporzione sanzionatoria senza guardare necessariamente a un indice legislativo terzo come elemento indispensabile a condurlo. In breve, quello che è davvero determinante è il passaggio da un parametro di giudizio appuntato essenzialmente sull'eguaglianza a un parametro che guarda invece alla ragionevolezza della compressione dei diritti fondamentali attraverso le sanzioni penali, alla luce della gravità dei fatti commessi; parametro, quest'ultimo, che la Corte individua nel combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

appariva «*quodammodo* “privilegiata”»¹¹, dove la tutela dei diritti fondamentali appariva addirittura recessiva rispetto alla garanzia di un’ampia latitudine valutativa delle scelte legislative¹², il giudizio costituzionale ha subito una torsione tale da far interrogare in letteratura sui profili deteriori che un’eccessiva compressione della discrezionalità legislativa potrebbe portare con sé¹³.

Invero, la discrezionalità legislativa era in passato assai più ampia per una serie di ragioni. Ad esempio, il fatto che la Corte costituzionale arrestasse non di rado il proprio sindacato sulle soglie dell’ammissibilità a causa della mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata per la parte ricostruttiva dei propri interventi, cui si aggiungeva la peculiare considerazione della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. in senso fortemente limitativo del proprio intervento e dalla quale derivava una peculiare forma d’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, oltre alla minor pregnanza ascritta nelle operazioni di bilanciamento a taluni valori costituzionali, fra cui il rispetto della persona e dunque i diritti fondamentali¹⁴, rispetto a quello rappresentato dalle istanze di sicurezza sociale¹⁵. Nella giurisprudenza costituzionale più recente questi stessi presupposti sembrano ora letteralmente ribaltati.

E così, fra le linee portanti del nuovo corso, fra *i sintomi della compressione della discrezionalità legislativa*, è ad esempio di questi anni il declamato superamento del canone delle ‘rime obbligate’ anche in materia penale¹⁶, dove in precedenza le sentenze ricostruttive rappresentavano una rara eccezione; e sempre di questi anni è il già richiamato giudizio sulla ragionevolezza delle pene in cui la Corte dichiara di poter prescindere dall’individuazione di un *tertium comparationis* in fase

¹¹ A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in E. D’Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, XIII.

¹² Ricorda G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 97 che in ambito penale, e così in quello tributario, la Corte ha tradizionalmente seguito «una linea di marcata deferenza nei confronti delle scelte legislative» e che, in particolare, in materia penale «è indirizzo giurisprudenziale consolidato che la configurazione dei reati e la previsione della qualità e quantità delle sanzioni penali appartengono alla politica legislativa e quindi alla discrezionalità del legislatore e perciò sono sindacate solo per ipotesi di manifesta irragionevolezza».

¹³ In senso decisamente critico, si veda per tutti il noto scritto di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 264 ss., che individua tre decisioni particolarmente sintomatiche di una «svolta»: la sentenza n. del 2014 sulla legge elettorale proporzionale con premio di maggioranza, la n. 10 del 2015 sulla *Robin Hood Tax* e l’ordinanza n. 207 del 2018 sul capo *Cappato-Antoniani*. Contro-argomentazioni di vario tipo all’accusa di «sconfinamento» sono state sviluppate da R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, 757 ss. ed E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, 777 ss.

¹⁴ Valore che nel diritto costituzionale penale si riflette ad esempio – in termini di strutture normative funzionali a perseguirlo – nella previsione del finalismo rieducativo e del divieto di pene contrarie al senso di umani.

¹⁵ Valore che trova a sua volta un riflesso nelle strutture normative di ispirazione marcatamente retributivista e generalpreventiva. Esempi noti in tal senso sono rappresentati da istituti come l’ergastolo ostativo, ma sul punto potrebbero richiamarsi anche istituti meno ‘clamorosi’, come ad esempio le pene pecuniarie.

¹⁶ Su cui si veda *infra* (III.2).

valutativa alla luce dell'individuazione di un nuovo e più pregnante parametro, la progressiva estensione delle garanzie penalistiche a strutture normative tradizionalmente considerate sul piano formale come non penali – in consonanza con noti indirizzi provenienti dalla giurisprudenza CEDU – nonché l'inedito squadernarsi della normatività del finalismo rieducativo. E si pensi, ancora, all'elaborazione di innovativi schemi decisori per ovviare alla stasi legislativa, come quello adottato a partire dal celeberrimo caso Cappato-Antoniani: se è vero che il modello costituzionale di tutela dei diritti riposa, in termini di dover essere, su uno schema che vive della coesistenzialità garantista dell'agire di Corte costituzionale, legislatore e magistratura, l'elaborazione di una simile tecnica evidenzia con insuperata chiarezza la dimensione drammatica del dover «rendere giustizia costituzionale»¹⁷ in casi di immane complessità tecnica e politica, a fronte della patologica inerzia di un legislatore sempre meno in grado di adeguare il tessuto legislativo ordinario alla necessità costituzionale.

Le spiegazioni di simili cambiamenti si dipanano, come si vedrà, su piani eterogenei ma probabilmente non slegati, che spaziano da una sempre maggiore autocomprensione della stessa Corte come 'giudice dei diritti' al peculiare contesto politico¹⁸ e giuridico¹⁹ nel quale la stessa si trova a operare. In ogni caso, la

¹⁷ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4, 2020, 28 ss., ha escluso che «la non-attuazione della Costituzione, nelle sue parti proiettate verso il futuro» possa configurare «una scelta giuridicamente legittima», perché in caso contrario si tornerebbe sostanzialmente alla dottrina della Corte di Cassazione del dopoguerra, e la giuridicità delle norme programmatiche «sfumerebbe fino a scomparire».

¹⁸ Fin troppo facile sarebbe richiamare il deflagrare di politiche populistiche dalle tendenze spesso illiberali, di cui il populismo penale rappresenta l'espressione più autoritaria – e sul quale in pochi anni sono stati versati fiumi d'inchiostro – cui si sono accompagnate peculiari regressioni del diritto penale italiano, le quali lo hanno sempre più allontanato dal *dover essere* costituzionale. Una tendenza regressiva di cui ci restituisce un'istantanea – sottoposta a critiche per lo più condivisibili – il denso e vivace scritto di Filippo SCUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 23, in cui l'aggettivazione 'totale' viene giustificata anzitutto dall'argomento per cui sembrerebbe ormai «invalsa nella collettività e nell'ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale». Una visione evidentemente antitetica all'idea della tutela penale come *ultima ratio* espressa dalla Costituzione del 1947.

¹⁹ Pensiamo qui al progressivo 'isolamento' della Corte costituzionale nel *judge-made system* europeo negli anni antecedenti agli assestamenti oggetto della nostra analisi. Un isolamento dettato da vari fattori. Pensiamo ad esempio all'affermarsi di una tendenza all'interpretazione conforme a Costituzione 'a tutti i costi' facilitata dall'impostazione adottata dalla stessa Corte con la sentenza n. 356 del 1996 in cui si parlava di interpretazione possibile o impossibile anziché di probabile o improbabile, come si sarebbe poi affermato nella sentenza n. 42 del 2017 (rel. Modugno) sui corsi universitari impartiti in lingua inglese. Pensiamo, ancora, all'instaurarsi di circuiti diretti fra giudici comuni e Corte di giustizia dell'Unione europea. Pensiamo, infine, alla tendenza degli stessi giudici comuni a interpretare e applicare la CEDU ponendo in essere sostanziali disapplicazioni della legge attraverso il travalicamento del suo campo semantico quando la stessa è risultata inconciliabile con la legalità convenzionale anziché optare per la rimessione della questione di legittimità costituzionale ai giudici di Palazzo della Consulta. Il tentativo di assurgere definitivamente a 'giudice dei diritti' e al contempo la tendenza a favorire un ri-accentramento della giustizia costituzionale (ad esempio attraverso la giurisprudenza in tema di 'doppia pregiudizialità' europea e costituzionale) sembrerebbe riflettere una plausibile volontà della Corte costituzionale di occupare uno spazio più importante nel *judge-made system* rispetto a quello occupato negli anni precedenti a questi assestamenti.

spiegazione offerta dalla stessa Corte costituzionale è che alcuni sommovimenti giurisprudenziali sarebbero orientati da «una rinnovata sensibilità» verso la tutela dei diritti fondamentali – per usare le parole della relazione del presidente Lattanzi sull’attività svolta dalla Corte nel 2018²⁰ – una sensibilità alla luce della quale il Giudice delle Leggi ha rivisto alcuni dei propri moduli decisionali, entrando assai più in valutazioni di merito sull’opzione legislativa anche in ambiti dove tradizionalmente si era mosso con grandissima cautela²¹. Sembrerebbe dunque trattarsi essenzialmente di dar seguito all’intenzione di evitare il formarsi di ‘zone franche’, proprio nella prospettiva di dare effettività alla tutela dei diritti fondamentali.

Peraltro si può forse cogliere, in questi assestamenti, quella potenziale e forse fisiologica eterogenesi dei fini di un organo e in particolare di un giudice costituzionale sottolineata da Leopoldo Elia, il quale spiegava che *«le corti vivono anche di questa dialettica tra la potenzialità di poter giungere a risultati molto lontani da quelli che erano stati immaginati dai padri fondatori e la tensione a contenere nei limiti – con un ancoraggio di saggezza e di collegamento alla volontà popolare non effimera – questa potenzialità che deriva dalla ultimità del loro intervento»*²². Il punto merita senz’altro un approfondimento, in quanto – è fin troppo evidente – trascorre l’intera nostra analisi, ma ragioni di ordine espositivo ci impongono di tornarvi soltanto più oltre, nel tentativo di leggere le nuove linee giurisprudenziali alla luce del quadro complessivo in cui si inseriscono.

Per il momento, ciò che qui interessa è limitarsi essenzialmente ad accettare – sia pur con riserva – i cambiamenti nella giurisprudenza della Corte alla luce di un argomento che non soltanto rappresenta la declamata spiegazione del nuovo

²⁰ «... è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale» (13 ss., relazione consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it>). Spiegazione peraltro ribadita anche nella relazione annuale della presidente Cartabia.

²¹ «Per lungo tempo», ha scritto Vittorio Manes, «il diritto penale ha pensato sé stesso e si è affermato come *ius exceptum*, come strumento repressivo perentorio e non dialogico, ed ha fatto discendere dal primato dell’autorità pubblica sull’individuo il “corollario” dell’insindacabilità giuridica delle scelte politiche, sottraendole – più o meno dichiaratamente – ad ogni controllo di razionalità o ragionevolezza, così come ad ogni verifica scientifica sugli impianti applicativi delle incriminazioni» (V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Tomo III. La ragionevolezza nei vari settori del diritto*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, Roma, 2007, 32).

²² L. ELIA, *Il potere creativo delle corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Atti del Convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova, 1988, 229 (il corsivo è nostro): «mentre le corti supreme hanno talvolta la possibilità di essere controllate in sede di conflitto di attribuzione, le corti costituzionali possono avere veramente – ed hanno – l’ultima parola, ma questo non le autorizza a superare certi limiti».

corso²³, ma anche la sua apparentemente più solida giustificazione costituzionale: *la necessità di tutela dei diritti fondamentali*.

Il punto è che, seppur si tratti senza dubbio alcuno non solo di un valore costituzionale di assoluto rilievo ma anche di quella parte della legalità costituzionale dalla più alta capacità di penetrazione nelle varie aree normative, nel perseguire quest'obiettivo la Corte deve fare i conti con i limiti congeniti alle sue possibilità d'azione – *in primis* il nascere 'giudice delle leggi' e non 'giudice dei diritti' – così come con le conseguenze sugli stessi diritti fondamentali che un approccio equilibrato al problema imporrebbe necessariamente di tenere in conto e, nondimeno, con gli stessi rischi di fronte ai quali la legittimazione dell'organo viene per forza di cose esposta.

Tanto premesso, l'analisi di un nuovo corso giurisprudenziale diventa certamente più comprensibile sul piano della sua effettiva novità alla luce di un paragone col modello che l'ha preceduto; tuttavia, il fatto è che non esiste un 'vecchio modello', ma vari paradigmi giurisprudenziali consolidatisi e progressivamente corretti o superati lungo i decenni.

Allo stesso tempo è però vero che in materia penale rimangono ancora in piedi delle premesse costituzionali a sostegno di un'idea di discrezionalità legislativa che al netto delle rimodulazioni più recenti rimane comunque indiscutibilmente ampia. Premesse rimaste pressoché intatte nel corso del tempo e ancora presenti negli apparati argomentativi delle pronunce dei giudici di Palazzo della Consulta.

Il presupposto fondamentale è ovviamente la peculiare interpretazione data alla riserva di legge posta dall'art. 25, secondo comma, Cost. alla quale si aggiunge, come ostacolo alle possibilità d'intervento della Corte costituzionale in quest'area del tessuto legislativo, la costruzione giurisprudenziale del diritto penale come *ultima ratio* che emerge in varie linee giurisprudenziali, e che si lega peraltro alla stessa morfologia riserva di legge.

Si tratta in definitiva delle premesse costituzionali su cui i giudici di Palazzo della Consulta hanno ritenuto e tutt'ora ritengono possa reggersi l'idea di una discrezionalità legislativa dalla latitudine particolarmente ampia in materia; le coordinate di una sorta di nucleo duro del ragionare della Corte sul potere di normazione penale. Elementi di cui nell'analisi è imprescindibile dar conto, pur tenendo presente la necessità di mantenere ferma, essendo la loro dimensione ritagliata sulle interpretazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale, la separazione fra il piano delle premesse teoriche da quello di eventuali premesse dogmatiche; in breve, quello dell'*essere* da quello *dover essere*²⁴. E rappresentando

²³ Pensiamo ancora alle relazioni sull'attività svolta dalla Corte nel 2018 e nel 2019 del Presidente Lattanzi e della Presidente Cartabia, su cui torneremo nuovamente più oltre.

²⁴ «In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it» (D. HUME, *A Treatise of Human Nature. Being an*

il *fil rouge* che lega passato e presente della giurisprudenza costituzionale in materia trascorrendone le varie fasi e andando in qualche modo alla radice della legittimazione di un'ampia discrezionalità legislativa, è proprio a partire da queste premesse che è opportuno muovere i primi passi.

2. La riserva di legge.

La prima premessa costituzionale, il presupposto-principe dell'ampia discrezionalità legislativa in materia penale è la riserva di legge²⁵ espressa dall'art. 25, secondo comma, Cost.²⁶ È un dato che emerge molto chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale, e che porta con sé tutta una serie di implicazioni che vanno al cuore della dinamica ordinamentale. E tuttavia, per quanto il legame fra riserva di legge e ampiezza della discrezionalità legislativa emerga spesso, molto meno spesso – e anzi, assai raramente – emergono invece le ragioni su cui un simile binomio è costruito e si sostiene.

Sebbene simili ragioni siano molto raramente esplicitate – il che è del resto avvenuto in momenti affatto particolari della storia della giurisprudenza costituzionale in materia²⁷ – è però sempre fra le pagine delle decisioni della Corte

Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects (1739-1740), Book III, Sect. I, Oxford, 1896, 469, consultabile in https://files.libertyfund.org/files/342/0213_Bk.pdf).

²⁵ Nel dibattito sulla riserva di legge si ritrova diffusamente il riferimento alla stessa come 'principio'. In realtà, ad avviso di chi scrive è assai più convincente l'inquadramento della stessa come 'istituto'. Gli istituti, la cui concettualizzazione è storicamente cara anzitutto alla dogmatica civilistica, possono essere infatti definiti «complessi di regole, congegni organizzativi e prassi facenti capo a una nozione accreditata in sede scientifica, e accolta espressamente o desumibile dalle costituzioni». Questi non consistono infatti né in regole né in principi, da cui si distinguono «per una strutturazione più complessa e per l'assolvere a una determinata funzione» (C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 55). Se così è, la riserva di legge – che è peraltro accompagnata da principi ancillari quali la determinatezza e la tassatività, oltre a principi e regole propri delle specifiche riserve e che ha, appunto, una determinata funzione nella dinamica ordinamentale – è perfettamente sussumibile nella categoria degli istituti.

²⁶ Una disposizione evidentemente accomunata da una certa somiglianza a quella di cui all'art. 1 cod. pen. Sul punto, andando indietro nel tempo, può essere interessante rammentare come l'equiparazione normativa fra l'art. 25, secondo comma, Cost. e l'art. 1 cod. pen. sia stata autorevolmente contestata, fra gli altri, da Carlo Esposito. Egli spiegava infatti che, mentre l'art. 1 cod. pen. «vieta di per sé ogni punizione fondata su norma inespressa e perciò innanzi tutto su norme da trarre in via di analogia da disposizioni espresse o da principi in esse immanenti», l'art. 25, secondo comma, Cost. «consente l'applicazione di norme penali fondate su disposizioni espresse nelle leggi o di cui la legge costituisce il fondamento o la base». Più in particolare, a essere inibiti da un'ipotetica costituzionalizzazione dell'art. 1 cod. pen. sarebbero stati i casi in cui «le fattispecie delittuose possano essere tanto vaghe, generiche, indeterminate e sostantivamente inesprese che solo col ricorso alla analogia si possa stabilire la estensione o il contenuto della fattispecie vietata o punita». Di conseguenza, egli ammoniva circa la sovrapposizione fra le norme, che avrebbe potuto far «proclamare, per esempio, la incostituzionalità di future leggi ordinarie che ammettessero espressamente l'applicazione analogica» (C. ESPOSITO, *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961, 537 ss.).

²⁷ Ci riferiamo in particolare alla giurisprudenza degli anni del giudice Dell'Andro – su cui torneremo più oltre – in cui rientra tutta una serie di pronunce talvolta pacificamente giudicate 'storiche', le quali hanno peraltro portato con sé significative affermazioni di principio anche in relazione alla questione della riserva di legge.

che è necessario cercarle. Il che però non significa affatto rinunciare a una contestualizzazione della questione: lo studio del diritto costituzionale oscilla infatti tra i due poli della storia e della dogmatica, e il rilievo dell'evoluzione storica della riserva di legge rimane indubbio anche nella nostra prospettiva, perché illumina la questione del *come* la Corte costituzionale ha risposto agli interrogativi classici che orbitano attorno all'istituto e alle sue metamorfosi. Un istituto del diritto costituzionale fra quelli più antichi; quelli che attraversando i secoli ne hanno segnato in profondità l'evoluzione, trascorrendo le epoche più diverse. Ed è proprio il suo arco storico uno fra gli elementi che più aiutano a spiegarne il fondamento, o se si preferisce la *ratio* e, con essa, i riflessi sulla discrezionalità legislativa nella lettura data dalla Corte costituzionale.

2.1. *Metamorfosi d'un istituto.*

La nozione di 'riserva di legge' – che secondo una definizione pacificamente accreditata altro non è che l'istituto per cui la disciplina di «certi oggetti»²⁸ è appunto riservata alla legge – è ritenuta fra le più stabili del diritto costituzionale, nonostante il suo passaggio attraverso le forme di Stato e di governo alternatesi lungo i secoli²⁹.

L'origine e il successivo sviluppo si legano alla nascita e alle trasformazioni degli organi rappresentativi³⁰, almeno a partire dai parlamenti – o, se si preferisce, preparlamenti³¹ – medievali³², innestandosi nella dinamica del rapporto fra queste assemblee e il monarca: non a caso, una delle più antiche e celebri riserve di legge è iscritta nella Magna Charta Libertatum del 1215 accettata da Giovanni Senzaterra. «Nullus liber homo», recita l'articolo 39³³, «capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre». E del resto, è sempre nell'ottica di questa dialettica fra l'assemblea

²⁸ F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, raccolte a cura di G. Floridia, Genova, 1977, ora in Id., *Scritti scelti*, Napoli, 2022, 175.

²⁹ Come osservano R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 231.

³⁰ Ricorda F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, cit., 187 come «proprio nelle attribuzioni decisionali rivendicate da quegli organismi, la riserva di legge trova la sua remota origine, ben prima del sorgere di un significato o di una funzione “democratica” delle istituzioni rappresentative».

³¹ La locuzione «preparlamento», abbastanza diffusa nella letteratura sul tema, si deve ad Antonio MARONGIU, il quale nel saggio *Momenti e aspetti del parlamentarismo medievale*, in *Medievalia*, 3, 1982, 25 s. racconta di averlo coniato in occasione della preparazione di una relazione per il X Congresso internazionale di scienze storiche (Roma, 1955) persuadendo la storica inglese Helen M. Cam, incaricata anch'ella di redigere tale relazione, ad adottarlo. Il termine riscosse in seguito un certo successo nella letteratura giuridica.

³² È forse appena il caso di precisare come il concetto medievale di rappresentanza fosse abbastanza differente rispetto a quello che si affermerà a seguito della caduta dell'*Ancien Régime*: pur nella pluralità delle esperienze assembleari sviluppatesi nel Medioevo – molto istruttiva, in tal senso, la ricostruzione di A. MARONGIU, *Il Parlamento in Italia dal Medio Evo all'età moderna*, Milano, 1962 – rimane infatti la distanza da modelli costituzionali che si impiegheranno attorno alla rappresentanza della nazione e al divieto di mandato imperativo.

³³ Il testo originale non è soggetto ad alcuna suddivisione per articoli, per cui facciamo qui riferimento a una nota numerazione convenzionale.

e il sovrano che s'inserisce pure il *no taxation without representation*. Ma al di là di queste remote origini, è opinione diffusa che l'istituto – assieme peraltro all'assai prossimo principio di legalità, con cui condivide storia e radici comuni³⁴ – trovi la propria concretizzazione storica più significativa nell'esperienza delle monarchie costituzionali³⁵. Esperienza nella quale emerge ancora una volta la diade parlamento-monarca, con la riserva di legge funzionale a limitare gli arbitri di un esecutivo non ancora sganciato dalla corona sul terreno della tutela della *libertà* e della *proprietà*³⁶, ovverosia il cuore pulsante degli interessi di quella borghesia espressione della classe dirigente di uno Stato liberale³⁷ definito non a caso

³⁴ F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, raccolte a cura di E. Rinaldi, II ed., Torino, 2007, ora in Id., *Scritti scelti*, cit., 54. La differenza fra principio di legalità e riserva di legge è stato individuato sempre da Sorrentino nel fatto che «almeno dal punto di vista formale» il primo si «rivolge» agli atti dell'amministrazione, specie i provvedimenti, mentre la seconda al rapporto tra fonti, recando con sé divieto di disciplinare attraverso atti non legislativi oggetti riservati alla legge (F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 89). Sul punto ci piace ricordare che secondo Vezio Crisafulli, sul piano concettuale riserva di legge e principio di legalità «si distinguono chiaramente», perché «quel che esige il principio di legalità, con particolare riferimento all'azione amministrativa, che qui interessa, è che l'esplicazione dell'autorità trovi il proprio *fondamento* positivo, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, che di solito si ritiene debba essere posta (anche se implicitamente) da legge formale o da atto ad essa equiparato, in omaggio anche qui al concetto “politico” della legge. La riserva di legge esige invece molto di più, e cioè... che la legge regoli essa stessa, in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che ne sono oggetto. L'uno è un limite al potere esecutivo, e più largamente ai pubblici poteri diversi dal potere legislativo; l'altra un vincolo di contenuto alla stessa legge formale» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, 1984, 58). Va comunque precisato che secondo Crisafulli la distinzione fra riserva di legge e principio di legalità rimarrebbe in piedi soltanto nelle ipotesi di regimi a costituzione rigida garantiti da sindacato di legittimità costituzionale e nei casi in cui il principio di legalità non sia inteso in senso sostanziale «anziché come implicante semplicemente l'esigenza di previa norma di legge attributiva di potere» (*op. ult. cit.*, 59).

³⁵ S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, ora in Id., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, 3 ss.

³⁶ Può essere comunque interessante ricordare che per F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, cit., 69 la «rivendicazione» di un potere normativo in materia di libertà e proprietà sarebbe in realtà la «matrice» comune di riserva di legge e principio di legalità già al tempo dei parlamenti medievali.

³⁷ Il binomio libertà-proprietà ha com'è noto trovato declinazioni differenti nel tempo e nello spazio. Un dotto arco evolutivo dei rapporti fra i due concetti è tracciato da L. MENGONI, *Libertà e proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 427 ss., il quale conclude la propria analisi soffermandosi sull'inveramento della diade nella Costituzione del 1947, sottolineando come l'art. 42, nel rifuggire un'idea della proprietà come diritto fondamentale che esprime «una sfera privata libera da intromissioni del potere politico», accolga invece una prospettiva in cui l'istituto assurge invece a «diritto di partecipazione alla organizzazione e allo sviluppo della vita economica». Questo passaggio successivo alla democrazia costituzionale non solo spiega come la Costituzione abbracci il paradigma di uno Stato sociale, ma al contempo chiarisce pure lo scarto con un contesto – quello che possiamo genericamente riferire all'esperienza dello Stato liberale – in cui «la garanzia della proprietà privata tutelava l'autonomia delle decisioni individuali di scambio, dal cui intreccio si attendeva un effetto automatico di regolazione sistemica» (ivi, 445). Il che collimava perfettamente con gli interessi della classe che dominava la vita pubblica dell'epoca. E del resto, come scrisse un grande civilista, l'art. 544 del *Code Napoléon* (dove si legge che la proprietà è «le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue...») avrebbe rappresentato nella tradizione

«monoclasse»³⁸.

Al tempo della tendenzialmente netta scissione fra *sfera privata* e *sfera pubblica*³⁹, della marginalizzazione dei corpi intermedi⁴⁰ e del germogliare e affermarsi della rappresentanza politica muovendo dalla teoria della sovranità della nazione⁴¹, riservare alla legge espressione della volontà generale – meglio: della volontà della classe sociale dominante – la disciplina di oggetti riconducibili a questi interessi, esprimeva una dimensione eminentemente garantista. In un quadro del genere siamo ben lontani da uno spostamento dell'asse razionale della riserva verso il rapporto giudice-legge; anzi, il contesto dell'epoca vedeva un parlamento protagonista – che svolgeva una funzione di garanzia degli interessi della classe dominante esplicandone al contempo una politica – e un giudice ridotto a mero esecutore o, per dirla con Montesquieu, '*bouche de la loi*'⁴².

dell'Ottocento giuridico «la carta fondamentale dell'individualismo giuridico» (S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., Bologna, 1990, 76).

³⁸ Per riprendere una nota immagine di M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 35 ss.

³⁹ Così M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, VII ed., Torino, 2018, 36, il quale osserva che la sfera pubblica si traduceva nell'«uso legale della forza» sul piano interno ed esterno, mentre la sfera privata nel libero dipanarsi di rapporti economici sulla base dei due istituti della proprietà e del contratto. Lo stesso autore sottolinea come tale scissione si leghi a «una ideologia individualistica, che afferma il valore della persona come soggetto in sé, avulso dai rapporti sociali e che agisce in una sfera privata teoricamente intangibile» (*ibidem*). In un simile contesto, il fatto che «la coercizione giuridica mediante uso della forza» rappresentasse ormai un indiscutibile monopolio statale (M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it. di P. Chioldi e G. Giordano, *Economia e società. II. Economia e tipi di comunità*, Torino, 1999, 6) si accompagnava a una cornice di legalità in cui assurgeva in fondo a garanzia di interessi riconducibili in ultima analisi proprio a libertà e proprietà.

⁴⁰ Ricorda C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, II ed., Napoli, 2009, 71 ss. come la legislazione francese dalla legge Le Chapelier alla Constitution dell'anno VIII fosse in Europa «la più emblematica di un rifiuto del pluralismo sociale e politico» di cui, attorno alla metà del XIX secolo, la Francia era «solo l'archetipo di una vicenda più ampia», in quanto anche altre costituzioni – da quella belga allo Statuto albertino – riconoscevano varie libertà «ma non la libertà di associazione, a testimonianza del sospetto per ogni genere di pluralismo». In definitiva, lo spazio pubblico subiva così una torsione verso «un rapporto binario Stato-individuo, autorità-libertà, non solo per esigenze di certezza e di eguaglianza giuridica, ma anche per ragioni di controllo sociale, di contenimento di un associazionismo che potrebbe acquisire valenza politica». In quest'ottica, può essere appena il caso di ricordare che la già richiamata legge Le Chapelier – emblema della lotta contro i corpi intermedi – sarebbe stata appellata «colpo di Stato borghese» da Karl MARX, *Das Kapital* (1867), tr. it. di D. Cantimori, *Il capitale. Libro primo*, IX ed., Roma, 1980, 805.

⁴¹ Nel pensiero dell'abate Sieyès, teorico della Rivoluzione prima e Console di Francia poi, ritroviamo la limpida considerazione per cui «La nazione è preesistente a tutto, è l'origine di tutto. La sua volontà è sempre conforme alla legge, è la legge stessa. Prima e sopra di essa non c'è che il diritto *naturale*... In ogni sua parte, la Costituzione non è opera del potere costituito ma del potere costituente. Non esiste nessun potere delegato che possa mutare le condizioni della propria delega. È in questo senso che le leggi costituzionali sono *fondamentali*... tutti gli elementi del governo si corrispondono e dipendono in ultima analisi dalla nazione» (E.-J., SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-État?* (1789), tr. it. di R. Giannotti, *Saggio sui privilegi. Che cosa è il terzo stato?*, Roma, 1978, 96 s.).

⁴² «Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur» (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Liv. XI, Chap. VI, consultabile in

Il successivo passaggio alla democrazia costituzionale sarà un passaggio doppio. Da un lato, un regime a costituzione flessibile viene superato da un regime a costituzione rigida⁴³: la legge non è più la fonte superiore⁴⁴, e di conseguenza la riserva non presuppone più che la legge sia il massimo atto di garanzia dei diritti. Dall'altro lato, emerge nel frattempo l'istituto della fiducia, collante del rapporto fra parlamento e governo, i quali sono ormai espressione – a differenza del passato – di uno stesso indirizzo: attraverso un procedimento come quello legislativo, che assicura la partecipazione delle minoranze e si svolge in un contesto di pubblicità, il parlamento garantisce ora non più soltanto una classe, ma tutti i cittadini e in una certa misura – molto più limitata – anche chi cittadino non è⁴⁵.

Da questo secondo punto di vista, un rafforzamento funzionale verso la tutela dei diritti fondamentali in termini – se si vuole – più egualitari, sembrerebbe esserci senz'altro. Vero è che questo rafforzamento emerge soprattutto dall'assiologia e dalla conseguente morfologia costituzionale, dalla quale si sono però anche ricavati convincenti argomenti a sostegno di una ricostruzione del fondamento dell'istituto in chiave d'implementazione del principio democratico⁴⁶: è l'ennesima prova di quanto strettamente momento garantista e momento politico siano avvinati l'un l'altro nelle fondamenta razionali della riserva. Una ricostruzione, quella che enfatizza il carattere democratico dell'istituto che, pur misurandosi con innumerevoli altri tentativi d'inquadramento della riserva sul piano razionale e

<https://gallica.bnf.fr/essentiels/montesquieu/esprit-des-lois>).

⁴³ Inteso generalmente come passaggio a una costituzione che può essere modificata non più attraverso un processo legislativo ordinario, ma tramite «l'intervento di organi o di procedure straordinarie» (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 330). Secondo A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002, 2 ss., spec. 11, questa spiegazione sarebbe «insoddisfacente», sostenendo per converso come la costituzione rappresenti in realtà un «*unicum*» imparagonabile agli atti legislativi ordinari, e «non può da questi essere modificato, in nessuna sua parte, a meno che espressamente la costituzione stessa non autorizzi in tal senso il legislatore ordinario». In quest'ultima prospettiva, «il silenzio della costituzione in ordine al procedimento da seguire per la sua revisione, non ne muta il regime di “immodificabilità” e, quindi, nulla aggiunge, nella sostanza, alla naturale immodificabilità della costituzione da parte delle leggi ordinarie».

⁴⁴ Sottolinea G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Torino, nuova ed., 1992, 39 che il passaggio allo stato costituzionale implica un mutamento che reca con sé una innovazione «capitale», relativa proprio alla legge: «Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione», dal che ne deriverebbe «una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto».

⁴⁵ E ciò sebbene il fatto di non essere cittadino e non esser di regola titolare del diritto di voto marchi, anche nei giorni nostri, un insopprimibile scarto fra chi (nonostante più o meno accentuate marginalizzazioni socioeconomiche) può comunque contribuire a determinare la direzione delle dinamiche politiche della vita pubblica, e chi invece (come ad esempio i richiedenti asilo) «si trova davvero fuori» (C. PINELLI, *Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo*, in *Riv. dir. comp.*, 3, 2018, 42) e dunque in balia di sommovimenti politici decisi o determinati da altri.

⁴⁶ A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 57 ss.

funzionale⁴⁷, riflette un profilo che appare, del resto, difficilmente negabile⁴⁸. La legge è in fondo uno strumento di per sé neutro⁴⁹: può significare tanto scelte normative conservatrici, quanto scelte normative progressiste, perché è un atto giuridico che si distingue dagli altri soltanto per il suo procedimento di formazione⁵⁰. E allo stesso tempo, proprio questo procedimento racchiude in sé tratti che implementano il principio democratico in termini imparagonabili rispetto a quelli implicati dall'adozione di qualsiasi altro atto. In termini più espliciti e in relazione a esperienze comparabili a quella italiana repubblicana: *la legge*, in quanto prodotto del legittimo esercizio di funzione legislativa in una data esperienza ordinamentale, *è uno dei più importanti fattori d'incidenza sull'equilibrio fra stabilità e mutamento in una democrazia costituzionale, perché determina lo sviluppo dei principi-inizio scolpiti nella costituzione in consonanza col principio democratico*⁵¹. Principi che pur essendo implementati in una dinamica democratica sono in molti casi posti a tutela dei diritti fondamentali, fondamentali perché appunto fondamento della legalità costituzionale: il che, per così dire, chiude il cerchio, e la riserva rimane «mezzo generale di tutela del momento della libertà»⁵². In questo quadro, una netta, totale scissione fra garanzia dei diritti fondamentali e implementazione del principio democratico sembrerebbe un'operazione descrittiva concettualmente assai scivolosa⁵³.

⁴⁷ Il fondamento razionale di un istituto non coincide infatti necessariamente con le funzioni che lo stesso è in grado di implementare nell'esperienza ordinamentale.

⁴⁸ Osserva non a caso L. PRINCIPATO, *I diritti della sfera civile nella dimensione individuale*, in M. Benvenuti e R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. Volume III. I diritti e i doveri costituzionali*, Torino, 2022, 60 che la riserva di legge rappresenta «una delle forme costituzionali della sovranità popolare».

⁴⁹ A. DI GIOVINE, *op. ult. cit.*, 47 sottolinea «il carattere neutro, sul piano della garanzia dei diritti, della riserva di legge».

⁵⁰ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, II ed., Bologna, 2022, 385.

⁵¹ In democrazia costituzionale, la legge si colloca infatti in una prospettiva di sviluppo politico dei principi che danno appunto forma alla costituzione esprimendo la positivizzazione del suo firmamento assiologico: in questa prospettiva, i principi esprimono quindi valori la cui interpretazione è demandata anzitutto alla politica democratica (C. PINELLI, *Variazioni su stabilità e mutamento nel diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, 1, 2014, 9); politica della quale sul piano delle fonti la legge rappresenta ancora, al di là della costituzione, l'espressione più alta.

⁵² Per riprendere un'espressione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 537. Invero, precisa V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 57 che oltre a svolgere «una funzione di garanzia dei diritti individuali», le riserve di legge – assolute o relative che siano – svolgono anche una funzione di garanzia «di istituti costituzionalmente tutelati, anche se – strutturalmente – si esprime in una formula “organizzativa”, come sempre avviene d'altronde quando si regolano rapporti tra poteri e competenze». In tal senso, la riserva di legge rientrerebbe nel più ampio *genus* delle riserve «di competenza», fra le quali rientrano quelle di legge costituzionale, di regolamento parlamentare, di statuto e di legge regionale, ecc.

⁵³ E del resto, da un lato il Parlamento non è organo pensato per il 'constitutional reasoning', sebbene ad esso non sia estranea un'incidenza sui fondamentali specie alla luce delle decisioni sull'allocazione di risorse finanziarie, e dall'altro le corti non sono pensate per la deliberazione politica, non dovendo compiere scelte allocative e peccando assai di frequente di attitudine consequenzialistica nel giudicare (C. PINELLI, *Constitutional Reasoning and Political Deliberation*, in *German Law Journal*, 14, 2013, 1171 ss.). Il che vale a dire che una piena implementazione, un pieno sviluppo dei principi-inizio in una prospettiva di tutela dei diritti fondamentali può avvenire soltanto alla luce di una compartecipazione fra giudici e legislatori, ovvero fra organi espressione

Nella riserva di legge la dimensione garantista e quella democratica sono dunque inestricabilmente avvinte⁵⁴; il che, anziché condurre a un'inaccettabile, reciproca elisione, implica invece importanti conseguenze sulla dinamica ordinamentale che trovano il primo, fisiologico punto di emersione nell'interpretazione costituzionale. Si pensi anche solo alla determinatezza e alla tassatività, principi ancillari all'istituto anche al di là della materia penale⁵⁵: quanto incidono, in termini di dover essere costituzionale, un principio che rivolgendosi al legislatore richiede una sufficientemente elevata precisione del precetto e un altro che, rivolto al giudice, impone interpretazioni in cui il verso dell'*estensione*⁵⁶ non può alterare il bilanciamento fra valori costituzionali che emerge dalla morfologia del principio di riferimento? E spingendoci ancora oltre, quale significato assume un simile istituto rivolto a un organo in grado di incidere sulla legislazione e per questo accostato a una sorta di legislatore – o *legislatore negativo*, secondo la nota immagine di

della componente garantista dell'organizzazione costituzionale e organi espressione al più alto grado – almeno in teoria – del principio democratico. Tant'è che il passaggio storico alla democrazia costituzionale, portando con sé «lo spostamento delle garanzie dei diritti soggettivi dal potere legislativo ai giudici», non marca soltanto l'avvertita necessità di garantire la separazione dei poteri, «ma conferisce anche effettività al godimento di tali diritti rispetto all'epoca in cui la generalità ed astrattezza dei precetti legislativi assorbiva ogni pretesa di giustizia» (così ancora C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., 139).

⁵⁴ Secondo Lorenza CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 2 sarebbe inutile «disputare se l'istituto risponda ad un'esigenza *garantista*, o, invece, *democratica*», in quanto «i due aspetti risultano in concreto storicamente inscindibili e assolutamente compenetrati come elementi essenziali della struttura dello Stato di diritto che entrambe le ideologie, democratica e liberale, hanno concorso a determinare: senza il carattere dell'organo che la emana, la legge, quale strumento di garanzia, sarebbe inconsistente».

⁵⁵ È stato infatti autorevolmente sottolineato come «anche *fuori dalla materia penale* – dove, quindi, non sarebbe possibile invocare la determinatezza come principio autonomo dalla riserva di legge, ricavabile implicitamente dall'art. 25, 2° co., Cost. – la Corte costituzionale esamina se i poteri conferiti al giudice siano così ampia mente discrezionali da contrastare con la riserva di legge disposta nella materia» (L. CARLASSARE, *op. ult. cit.*, 7).

⁵⁶ Facciamo qui riferimento alla diade concettuale intensione-estensione (che emerge per la prima volta in G.W. LEIBNIZ, *Nouveaux essais sur l'entendement humain* (1765), tr. it. *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, a cura di D.O. Bianca, *Scritti filosofici*, II, 2, Torino, 1968, 631) nella declinazione tratteggiata da C.I. LEWIS, *An Analysis of Knowledge and Valuation*, La Salle, 1946, 39, il quale definisce l'intensione di un termine («*intension*») come «the conjunction of all other terms each of which must be applicable to anything to which the given term would be correctly applicable», ed estensione («*denotation*» o «*extension*») come «the class of all actual or existent things which the term correctly applies to or names». Nel giuridico, un esempio molto lineare delle implicazioni di questa diade concettuale si rinviene ad esempio fra le pagine di A. ROSS, *On Law and Justice* (1953), Oxford, 2019, 157, il quale sottolinea come la parola «house» sia in grado di individuare una pluralità di cose: «There are dwelling-houses, the house on the back of a snail, inkpots, pencil boxes, hen houses, the houses of royal families, etc. Under certain circumstances, an old shoe or a bottle can serve as a house (for example, if a family of mice has settled there)». E tuttavia, avverte sempre Ross, ove parlassimo di una regolazione normativa in tema di 'casa', molti di questi significati risulterebbero di per sé del tutto irragionevoli; il che ci dice – come cercavamo di argomentare – che l'estensione non sempre risponde al dover essere definito da una certa legalità, anche quando questa viene definita da norme-principio particolarmente vaghe. Sul punto, si è ipotizzato che il fatto – di per sé pacificamente condiviso – che il giuridico abbia «una maggiore unicità intensionale rispetto ad altri campi dell'esperienza» si legherebbe all'operare del principio di esclusività (così, A. LONGO, *Tempo, interpretazione, costituzione. I. Premesse teoriche*, II ed., Napoli, 2016, 144).

Kelsen⁵⁷ – senza però esserlo, e che al contempo, pur non essendo parte del potere giudiziario⁵⁸, esercita le proprie funzioni con il metodo proprio della giurisdizione? I termini in cui tutto questo emerge nella giurisprudenza costituzionale restituiscono alcuni tratti del rapporto fra riserva di legge penale e discrezionalità legislativa. Il che ci porta su un punto assolutamente centrale: i caratteri specifici ascritti dalla Corte costituzionale alla riserva di legge in materia penale⁵⁹, che si traducono anzitutto nella considerazione di quest'istituto alla luce delle sue – pur assai dibattute – tassonomie.

2.2. La ricostruzione della riserva di legge penale nella giurisprudenza costituzionale.

Si potrebbe anzitutto ricordare il fatto che la Corte ha tradizionalmente inteso l'istituto come riserva di precetto generale anziché come riserva di procedimento⁶⁰,

⁵⁷ H. Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, XXXV, 1928, 197 ss., tr. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, 173).

⁵⁸ *Contra*, in anni recenti, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici comuni nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 28, dove troviamo la netta esplicitazione della tesi per cui Corte costituzionale e magistratura avrebbero nel tempo «dato vita a un unico grande potere giudiziario all'interno del quale esse ora si distinguono, per riprendere in senso estensivo la dizione che il testo costituzionale riferisce alla magistratura in senso stretto, “soltanto per diversità di funzioni”». In ogni caso e più in generale, il dibattito sulla natura giurisdizionale o meno della Corte (che, per la precisione, non ci sembra coincidere del tutto su quello intorno alla sua riconduzione o meno al potere giudiziario) è ben più risalente, e fra i molti suoi interpreti potrebbero ricordarsi ad esempio, rispettivamente per la risposta positivo e per quella negativa all'interrogativo, C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 69 ss., ora in Id., *Raccolta di scritti. III. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 699 (il quale sottolineava la facilità dell'iscrizione all'organo di una natura giurisdizionale) e P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1956, 39 (il quale parlava di «una funzione diversa, che si potrebbe chiamare paralegislativa o superlegislativa»).

⁵⁹ Com'è stato autorevolmente osservato, nonostante l'impegno profuso in letteratura per ricavarne un profilo che le accomuni, le riserve di legge «non fanno sistema», ma «sono raggruppabili per settori, secondo i contenuti delle materie considerate, le loro logiche interne, i ruoli eventuali dell'esecutivo e del giudiziario nel quadro delle indispensabili discipline legislative» (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 188 s.). E dunque non possiamo che procedere prendendo in considerazione la riserva di legge penale con le sue peculiarità, al netto dei tratti comuni con le altre riserve – quale ad esempio l'implicare di per sé i principi di tassatività e determinatezza.

⁶⁰ Si vedano, *ex multis*, le sentenze n. 26 del 1966, n. 113 del 1972 e n. 282 del 1990, oltre all'ordinanza n. 134 del 2003. In tali pronunce, la capacità degli atti equiparati di soddisfare la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. sembra ritenuta dalla Corte tanto scontata da non meritare neppure particolari motivazioni a supporto. Un'importante indicazione sul piano argomentativo la si rinviene in una pronuncia relativa a una questione in materia tributaria: la riserva di cui all'art. 23 Cost., aveva spiegato la Corte, «deve ritenersi pacificamente soddisfatta anche da atti aventi forza di legge, come accade in riferimento a tutte le riserve contenute in altre norme costituzionali, comprese quelle relative ai diritti fondamentali... e salvo quelle che richiedono atti di autorizzazione o di approvazione del Parlamento. Ciò sia perché i decreti-legge e i decreti legislativi sono fonti del diritto con efficacia equiparata a quella della legge parlamentare, sia perché nel relativo procedimento di formazione è assicurata la partecipazione dell'organo rappresentativo, rispettivamente in sede di conversione e in sede di delega (oltre che con eventuali pareri, in fase di

ammettendosi quindi il ricorso agli atti equiparati⁶¹ – escludendosi dunque una lettura dell'istituto come riserva di organo⁶² – oltre al carattere statale ascrivito alla riserva, che va ricondotto al fortissimo nesso fra legalità penale ed eguaglianza. Ma a incidere sulla discrezionalità legislativa sono per lo più altri aspetti.

Da un primo punto di vista, va detto che la giurisprudenza costituzionale induce anzitutto a escludere che una simile riserva possa considerarsi semplice: il divieto di retroattività della norma penale basta da sé a tratteggiarla come una riserva rinforzata. Tratto rinforzato che emerge anche da altri limiti conformativi della discrezionalità ascritti all'art. 25, secondo comma, Cost., fra i quali ad esempio quello che nella penalistica è definito 'principio di materialità', il 'diritto penale del fatto' – che trova un'espressione normativa, fra le altre, nel principio di offensività⁶³ – che si oppone radicalmente all'idea di un 'diritto penale d'autore'⁶⁴.

Sul piano dell'eterointegrazione sembrerebbe invece che quanto alla costruzione della fattispecie la Corte costituzionale consideri la riserva relativa nonostante talvolta l'abbia esplicitamente definita 'assoluta'⁶⁵ – come ad accogliere la storica tassonomia dovrebbe essere, senza dubbio alcuno, nel caso di condotte punite da pene privative della libertà personale alla luce della lettura congiunta dell'art. 25, secondo comma e dell'art. 13, secondo comma, Cost.⁶⁶ – mentre rispetto

attuazione della delega stessa)» (sentenza n. 10 del 2015, punto 5 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro).

⁶¹ M. D'AMICO, *Le fonti del diritto tra ieri e oggi: il pensiero di Lorenza Carlassare*, in *Riv. AIC*, 1, 2024, 224 sottolinea la necessità di tenere conto di quello che è ormai «un dato di ordine generale», e cioè il fatto che «il ricorso agli atti aventi forza di legge si è “normalizzato” a tal punto nel corso degli ultimi anni da diventare lo strumento ordinario con cui configurare inedite fattispecie incriminatrici o riformulare quelle già esistenti».

⁶² Su cui si veda *infra* (I.2.3.1).

⁶³ M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2013, 15 s., il quale precisa che però «l'offensività non “coincide” col principio del diritto penale del fatto, ma lo contiene e lo supera: se un reato è di pericolo presunto e la presunzione legale di pericolosità non è ragionevole, la violazione dell'offensività (e della ragionevolezza) non significa che la fattispecie sia espressione sicura di un diritto penale d'autore».

⁶⁴ Ricorda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017, 120 s. che il sistema penale italiano «si fonda, innanzitutto, sul principio di materialità, respingendo ogni altro diritto penale ad impronta soggettivistica», come si dovrebbe trarre già a partire dalla formula «fatto commesso» di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. Sul piano funzionale, il principio di materialità è dunque volto a limitare la discrezionalità legislativa «col triplice divieto di considerare reato 1) un atteggiamento volontario criminoso meramente interno... 2) un'intenzione meramente dichiarata... 3) un modo di essere della persona, consista esso in un carattere del soggetto... o, segnatamente, in uno stato di pericolosità sociale». E proprio l'ultimo divieto riflette in termini negativi l'idea di un diritto penale d'autore.

⁶⁵ Si veda la meticolosa ricostruzione di R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1216 s. anche per i numerosi riferimenti alle decisioni della Corte costituzionale, i quali individuano tre differenti linee giurisprudenziali: i) una in cui le fattispecie non sono definite precisamente dalla legge quanto all'elemento oggettivo e soggettivo ma attraverso «concetti elastici (pudore, sfruttamento della prostituzione, assistenza familiare come comprensiva dell'assistenza morale, sedizione, mestieri girovaghi e simili ecc.)»; ii) una in cui a valle della legge che descrive la fattispecie nel suo *genus* «viene lasciata all'amministrazione la determinazione delle *species* che vi rientrano»; iii) una in cui la Corte abbraccia la prospettiva per cui la riserva è soddisfatta «anche nelle ipotesi di norme che puniscono la disobbedienza a provvedimenti dell'autorità».

⁶⁶ In tale senso va però precisato che con 'assoluta' non si intende affatto una riserva di legge che escluda in radice l'eterointegrazione attraverso la fonte regolamentare, ma la riserva che ammetta

all'individuazione delle sanzioni parrebbe esserci un *irrigidimento* che esclude invece il concorso della fonte non legislativa⁶⁷, sebbene la finalità rieducativa delle pene (art. 27, terzo comma, Cost.) – altro profilo di rinforzo della riserva – consenta e anzi imponga⁶⁸ che il giudice conservi un'adeguata latitudine valutativa in fase d'individuazione di quella da comminare in concreto⁶⁹. Quanto invece agli altri istituti della punibilità, le possibilità d'eterointegrazione sembrerebbero dipendere dalla loro morfologia normativa.

Questo l'inquadramento della riserva di legge penale assestatosi in lunghe decadi. All'interno di questa cornice va poi cercata la concreta emersione del legame fra riserva di legge e ampia discrezionalità legislativa. E se alla luce di più di settant'anni di giurisprudenza non pare plausibile trovare una risposta univoca, definitiva e ben assestata, il *fil rouge* che lega le fasi d'un incedere a tratti addirittura sincopato sembrerebbe essere l'implementazione del più volte richiamato principio democratico. Un'implementazione non scevra – specie in certe fasi storiche⁷⁰ – dal ricorso a *topoi* argomentativi imperniati sul tratto garantista della riserva; e tuttavia anche l'invocazione di questa seconda dimensione dell'istituto viene sempre, in definitiva, ricondotta proprio allo squadernarsi della normatività del principio democratico, foss'anche soltanto sul piano del procedimento legislativo. A riprova dell'inscindibilità dei tratti democratico e garantista che conferiscono all'istituto la sua complessità⁷¹.

2.3. La riserva di legge come limite alle possibilità d'intervento della Corte costituzionale.

Sia come sia, il legame fra riserva e ampiezza della discrezionalità legislativa è emerso in modo differente non soltanto sul piano diacronico – con il mutare dell'interpretazione costituzionale – ma ha assunto vesti diverse a seconda che la

«unicamente una normazione regolamentare *specificativa* che non integri in alcun modo la normazione posta dalla legge», normazione regolamentare cui è dunque demandata «soltanto la descrizione analitica della fattispecie». Così L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 246, la quale richiama peraltro la sentenza n. 26 del 1966 della Corte costituzionale. La stessa autrice non escludeva invece un'attenuazione della rigidità della riserva nelle ipotesi di pene pecuniarie – visto che in tal caso verrebbe meno la normatività espressa dall'art. 13, secondo comma, Cost. – precisando però che la convertibilità in pena detentiva «viene praticamente a vanificare quella distinzione» (ivi, 245).

⁶⁷ R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1216.

⁶⁸ G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, 272.

⁶⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, ora in Id., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, 2000, 352 ss.

⁷⁰ Pensiamo ancora una volta agli anni della giurisprudenza costituzionale in materia penale fortemente caratterizzata dalla presenza nel collegio del giudice Dell'Andro.

⁷¹ In una recente rilettura, l'istituto è stato tratteggiato come funzionale a definire il perimetro della giurisdizione costituzionale, e più in particolare a consentire alla Corte costituzionale di argomentare per lo più quella che l'autore definisce l'«incommensurabilità» fra ordinamenti, «marcando la differenza di qualità democratica... tra lo Stato e l'oltre da sé» (G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranaturali*, Torino, 2019, il passo citato nel testo si trova a 250 s.).

discrezionalità s'inverasse nella costruzione della fattispecie, nell'individuazione delle sanzioni o nella definizione degli altri istituti comunque incidenti sulla punibilità. E ancora, ha riguardato in maniera diversa le questioni di legittimità costituzionale a seconda che al loro eventuale accoglimento fossero ascrivibili o meno effetti *in malam partem*, e cioè peggiorativi rispetto all'incidenza delle norme relative alla punizione o alla punibilità. Ma procediamo con ordine.

2.3.1. *Le questioni di legittimità costituzionale in malam partem: dai problemi di rilevanza all'inammissibilità legata alla riserva di legge.*

In generale, la Corte costituzionale ha tratteggiato un'ampia discrezionalità legislativa in modi diversi, non solo ritagliando una larga sfera di legittimità per le valutazioni di merito nella scelta normativa, ma ponendo addirittura pregnanti limiti negativi alle sue stesse possibilità d'azione. Il che ha riguardato essenzialmente le questioni di legittimità da cui potevano derivare effetti *in malam partem*. In questi casi, l'ipotesi che una sentenza di corte costituzionale inasprisca la posizione dell'imputato ha portato il Giudice delle Leggi ad abbracciare nel tempo impostazioni giurisprudenziali fra loro anche profondamente diverse. Ci riferiamo in particolare alle ipotesi di fatti «concomitanti», ovverosia quei fatti commessi nel periodo di vigenza della norma sospettata d'illegittimità costituzionale⁷².

Il nocciolo teorico della questione riposa sull'apparente antinomia fra le norme che regolano gli effetti delle pronunce della Corte costituzionale consentendogli di dispiegarsi retroattivamente⁷³ e il divieto di retroattività delle norme penali posto dall'art. 25, secondo comma, Cost. Un'antinomia appunto apparente, che si risolve pacificamente nel senso dell'applicazione del divieto di retroattività. Ma il problema non si è mai esaurito *tout court* in questa soluzione: talvolta a causa della peculiare interpretazione ascritta dalla Corte al requisito della rilevanza⁷⁴, talvolta

⁷² Ipotesi distinte da quelle relative ai fatti «pregressi», ovverosia commessi prima dell'entrata in vigore della norma penale sospettata d'illegittimità costituzionale, e in precedenza disciplinati da una norma più severa che tornerebbe ad applicarsi in caso di accoglimento della questione. Si tratta di una distinzione sottolineata negli ultimi anni, fra gli altri, da V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. Manes e Id., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 411, il quale richiama sul punto un risalente scritto di L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Leggi incostituzionali, decreti-legge non convertiti e successione di leggi penali*, in *Riv. pen.*, 1957, 614.

⁷³ Il che si trae com'è noto da una lettura congiunta dell'art. 136, primo comma, Cost. («Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione») e dell'art. 30, terzo comma, legge n. 87 del 1953 («Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»).

⁷⁴ I riferimenti di diritto positivo sono la disposizione di cui all'art. 23, terzo comma, legge n. 87 del 1953 (col suo riferimento ad un giudizio principale che «non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale») e quella di cui all'art. 1 legge cost. n. 1 del 1948 (che parla di una questione di legittimità costituzionale sorta «nel corso di un giudizio»). La Corte costituzionale (sentenza n. 88 del 1986, punto 4 del *Considerato in diritto*) ha dal canto suo esplicitamente definito le disposizioni di cui alla legge n. 87 del 1953 («Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale») «svolgimento ed integrazione» delle leggi costituzionali n. 1 del 1948 («Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale») e n. 1 del 1953 («Norme integrative

e più in generale, da un certo punto in poi, a causa della necessità di impedire il formarsi di «zone franche» esenti dal sindacato di costituzionalità.

Gli studi sul tema tendono a periodizzare la giurisprudenza sul punto in almeno due – quando non in tre⁷⁵ – fasi.

In una prima stagione, fino a circa metà degli anni Ottanta, la giurisprudenza costituzionale ha oscillato fra l'indifferenza rispetto alle decisioni in materia penale anche *in malam partem*⁷⁶ e una radicale inammissibilità di simili questioni per difetto di rilevanza alla luce del divieto di retroattività affermato dalla Costituzione e ribadito dal codice penale (art. 2) ostativo all'applicabilità delle norme oggetto di reviviscenza nel giudizio *a quo*⁷⁷. Oscillazione che rifletteva letture tanto diverse del concetto di 'rilevanza' da risultare addirittura antitetiche, e che evidenzia come il tratto 'cabalistico'⁷⁸ dei requisiti di accesso alla giustizia costituzionale in Italia⁷⁹ abbia in fondo trascorso la storia di quest'ultima non soltanto in anni recenti, rispecchiando piuttosto spesso logiche di funzionamento pragmatiche⁸⁰; di più, l'attenuazione o l'irrigidimento di queste categorie è stato storicamente funzionale ora alla tendenza a privilegiare il rendere giustizia⁸¹, ora ad evitare di pronunciarsi nel merito⁸². Il che ci consente anche di precisare che, nella misura in cui la Corte

della Costituzione concernenti la Corte costituzionale»).

⁷⁵ V. NAPOLEONI, *op. ult. cit.*, 420 ss.

⁷⁶ Sentenze n. 155 del 1973 in tema di atti interruttivi della prescrizione e n. 22 del 1975 in tema di accertamenti sanitari, nelle quali la Corte, richiamando la precedente sentenza n. 49 del 1970 in tema di efficacia nel tempo delle dichiarazioni d'illegittimità costituzionale, ha osservato che, circa i limiti normativi che in certi casi si oppongono alla retroattività delle sentenze di accoglimento, «i problemi che possono sorgere in quest'ordine di idee sono, evidentemente, problemi di interpretazione, e devono pertanto essere risolti dai giudici comuni, nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali».

⁷⁷ Sentenze n. 62 del 1969 in tema di amnistia, n. 26 del 1975 in materia tributaria, n. 85 del 1976 in tema di commercio di pasta invasa da parassiti, n. 42, n. 55 e n. 122 del 1977 rispettivamente in tema di reati commessi a mezzo di radiodiffusione, di circolazione di autoveicoli non coperti da garanzia assicurativa e di sottrazione consensuale di minorenni, n. 45 del 1982 in tema di aborto.

⁷⁸ D. MARTIRE, "Rilevanza" e "non manifesta infondatezza": due categorie cabalistiche?, in *Giur. cost.*, 2021, 2797 ss.

⁷⁹ Questa *flessibilità* nella considerazione delle categorie processuali non è stata limitata alla sola rilevanza e alla non manifesta infondatezza, involgendo talvolta addirittura il *thema decidendum*, che in più di un'occasione ha rappresentato il pretesto «per rimandare la decisione su questioni anche importanti, ma problematiche o scomode» (M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, 3859, che si riferiva in questo scritto all'ordinanza n. 369 del 2006 in tema di procreazione medicalmente assistita, richiamando come esempio di questa tendenza pure l'ordinanza n. 389 del 2004 in tema di affissione del crocifisso nelle aule scolastiche). Del resto non sono mancati casi in cui la Corte ha invece non solo esteso l'oggetto del giudizio costituzionale, ma ha talvolta addirittura corretto l'indicazione del giudice rimettente (si vedano l'ordinanza n. 60 del 2002 e la sentenza n. 224 del 2004, richiamate ancora da M. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 3861, nota 9).

⁸⁰ Di modello di giustizia costituzionale che nel passaggio da astratto a concreto è stato «ispirato dal pragmatismo» ha parlato E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, II ed., Bologna, 1999, 19.

⁸¹ V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, 1974, 2808.

⁸² Nella conferenza stampa sull'attività svolta dalla nel 1970, l'allora presidente della Corte costituzionale Giuseppe Branca riconosceva come in vari casi si fosse sostanzialmente evitato di decidere nel merito complesse questioni considerate di appannaggio del Parlamento, come ad esempio quelle di diritto di famiglia, ammettendo che «anche se abbiamo corretto la nostra

ha fatto ricorso a una concezione rigida di rilevanza, l'esercizio di funzione legislativa in materia penale è stato preservato senza neppure scomodare la riserva di legge; e ciò, si badi, pur rimanendo tradizionalmente quest'ultima il presupposto-principe fra quelli in grado di garantire un ampio potere normativo in materia.

Ad ogni modo, sul punto si giunge a un autentico spartiacque, con relativa stabilizzazione interpretativa, con la celebre sentenza n. 148 del 1983 (relatore ed estensore Livio Paladin). Con questa pronuncia – sulla quale dovremo necessariamente tornare⁸³ – viene definitivamente superato l'orientamento dell'inammissibilità per difetto di rilevanza e al fine di evitare il formarsi di «zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile», si afferma l'ammissibilità del sindacato sulle «norme penali di favore». La rimodulazione – meglio: l'attenuazione – del requisito della rilevanza disvela ancora una volta esigenze di vario tipo alle quali la giurisprudenza costituzionale tenta di dare una risposta; in questo caso, la riduzione delle cosiddette zone franche⁸⁴. Un'attenuazione motivata essenzialmente da tre argomenti: a) una pronuncia d'accoglimento ha senz'altro un'incidenza sulle formule di proscioglimento o sul dispositivo di una sentenza penale; b) le problematiche legate all'eventuale annullamento di una norma penale di favore sarebbero da ricondurre in ultima analisi all'interpretazione del giudice comune; c) non può escludersi che sentenze come un'interpretativa di rigetto incidano sulle «premesse esegetiche» su cui è costruita l'ordinanza di remissione, da cui una potenziale incidenza sul giudizio penale in corso⁸⁵.

Allo stesso tempo, da questo momento in poi la Corte darà seguito a un indirizzo risalente alla sentenza n. 42 del 1977 per cui le è precluso in materia penale «sottrarre alcune fattispecie alla disciplina comune per ricondurle in una disciplina speciale che si ritiene più congruamente tutelare gli interessi coinvolti e tanto meno quando ciò comporti un aggravamento di pena», scelta ritenuta «eminentemente politica» e «riservata dall'art. 25 della Costituzione al solo legislatore», dal che ne deriva una preclusione al ricorso a decisioni additive⁸⁶. Indirizzo che negli anni successivi vedrà poi una più esplicita torsione nel senso di un'auto-preclusione nella pronuncia non tanto di sentenze additive in sé⁸⁷ quanto di decisioni dal verso *in malam partem*⁸⁸.

giurisprudenza rompendo più di quanto non sia stato fatto in passato, oltre un certo limite assolutamente non siamo capaci di andare e preferiamo talvolta emettere pronunce pilatesche di non rilevanza» (G. BRANCA, *Corte costituzionale: un anno di attività*, in *Foro it.*, 1, 1971, 8). Passaggi criticati peraltro da Vezio Crisafulli nello scritto richiamato nella nota precedente.

⁸³ Si veda *infra* (II.5).

⁸⁴ A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Padova, 2017, 19.

⁸⁵ Punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁸⁶ Sentenza n. 42 del 1977, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁸⁷ Osservava Lorenza CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 8 che, a prescindere da quale prospettiva si muova in merito all'inquadramento delle sentenze additive, «risulta praticamente impossibile comprendere come mai, secondo la prevalente dottrina e la giurisprudenza costante degli ultimi anni, venga considerata come limite alle sentenze additive solo la riserva posta dall'art. 25, 2° co., Cost.: se di creazione di diritto si tratta, ammesso che la riserva debba valere anche contro la Corte, è troppo ovvio che il "divieto" dovrebbe operare in relazione a tutte le materie che le norme costituzionali riservano al legislatore».

⁸⁸ A partire dalla sentenza n. 73 del 1981 in tema di ipotesi di revoca della sospensione condizionale

Quest'orientamento giurisprudenziale finisce insomma per aprire alla possibilità di un sindacato di legittimità costituzionale sulle norme penali di favore, ma al contempo assesta gli itinerari interpretativi nel senso di un'inammissibilità degli interventi della Corte costituzionale *contra reum* alla luce di una peculiare lettura della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. Nei decenni successivi, nonostante alcune oscillazioni in relazione alle possibilità di un sindacato *in malam partem* sulle norme penali di favore⁸⁹ e pronunce in cui è addirittura riemersa l'impostazione dell'inammissibilità per difetto di rilevanza⁹⁰, quest'orientamento si sarebbe poi consolidato⁹¹.

Ora, seppure quest'impostazione conservi uno spazio tendenzialmente intoccabile di discrezionalità legislativa – nella misura in cui erige il vallo dell'inammissibilità legata alla riserva di legge – il paradosso è che la Corte costituzionale non l'ha mai argomentata compiutamente, o per lo meno non in profondità. Si è non a caso osservato come la solidità di questo «dogma» abbia trovato «un riscontro inversamente proporzionale nella scheletricità della relativa impalcatura argomentativa»⁹², muovendo la Corte fin dall'inizio – le già ricordate sentenze n. 73 e 108 del 1981 – da un richiamo «fideistico»⁹³ alla disposizione di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. Certo è che proprio questo richiamo ha rappresentato il principale argomento utilizzato per sostenere una simile impostazione, pur talvolta alternato al richiamo *tout court* alla discrezionalità legislativa⁹⁴, e di conseguenza

della pena, dove a fronte della sostanziale richiesta da parte del giudice *a quo* d'introdurre una nuova ipotesi di revoca obbligatoria attraverso una pronuncia d'accoglimento, la Corte osserva che «il fondamentale principio di legalità dei reati e delle pene preclude comunque alla Corte la creazione di una norma penale siffatta, dalla quale verrebbero a discendere effetti sfavorevoli al reo». In termini analoghi l'importante sentenza n. 108 dello stesso anno in tema di aborto.

⁸⁹ Si veda ad esempio la sentenza n. 467 del 1991 in tema di obiezione di coscienza, in cui la Corte pur a fronte di «palese irragionevolezza» ritiene di non poter accogliere la questione «poiché ciò comporterebbe la possibilità di un effetto peggiorativo sulle sanzioni penali relative a una delle categorie di obiettori prima considerate», e né di poter ricorrere a una pronuncia demolitoria, «poiché con essa si priverebbe di sanzione penale comportamenti che la stessa Corte, pur in tale occasione, ha ritenuto non irragionevolmente inclusi, in considerazione dei valori costituzionali coinvolti, nella sfera dell'illecito penale» (punto 6 del *Considerato in diritto*).

⁹⁰ Un esempio molto significativo è rappresentato dal trittico delle ordinanze n. 20, n. 147 e n. 367 del 1993 su identiche questioni relative alla sospensione condizionale della pena. Si vedano pure l'ordinanza n. 146 del 1993 in tema di caccia e la sentenza n. 518 del 1991 in tema di abuso innominato d'ufficio, nella quale la Corte esclude che l'aver applicato una legge regionale sospettata d'incostituzionalità da parte di amministratori regionali possa bastare a imputare a questi la commissione di un abuso di questo tipo, dal che viene esclusa qualunque «influenza» di un eventuale pronuncia del giudice costituzionale sul giudizio *a quo* anche in relazione alla formula di proscioglimento.

⁹¹ Ricorda V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., 427 come in anni relativamente recenti la Corte sia giunta, in tema di responsabilità civile, ad abbracciare un'impostazione molto simile a quella dell'irrelevanza della questione di legittimità che era stata adottata in materia penale in relazione alle questioni *in malam partem*, affermando che una sua sentenza «non può avere l'effetto di rendere antigiusuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere» (ordinanza n. 71 del 2009; nello stesso senso le ordinanze n. 337 del 2011 e n. 15 del 2014 e, prima ancora, la sentenza n. 202 del 1991).

⁹² V. NAPOLEONI, *op. ult. cit.*, 465.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ È ad esempio il caso dell'ordinanza n. 721 del 1988, laddove si motiva l'inammissibilità

conferma come un tratto – se si vuole – speciale del potere di normazione penale rispetto ad altre aree del tessuto legislativo ordinario derivi proprio dall'interpretazione della riserva di legge. Ma la ricerca di una spiegazione a un simile legame, pure assai complicata nei succinti richiami di cui si è detto, non è senza significato. Se è infatti vero che la riserva, attraverso i principi ad essa ancillari e altri propri del diritto costituzionale delle pene, conforma e dunque limita la discrezionalità, è altrettanto vero che negli anni la Corte costituzionale ha ascrivito all'istituto una funzione che si traduce nell'enfatizzazione di una chiarissima priorità alla nomopoiesi legislativa in materia e riflette i presupposti teorici di una costituzione che riconosce alla stessa politicità delle scelte legislative un posto d'onore nella sua assiologia. E in alcune – seppur rare – decisioni alcune indicazioni sul fondamento di quest'impostazione effettivamente emergono.

Un primo chiarimento arriva negli anni d'oro della giurisprudenza più garantista di Palazzo della Consulta, quella che avrebbe lasciato in eredità le sentenze sul *nullum crimen sine culpa*⁹⁵ e sul finalismo rieducativo⁹⁶, e dunque in una fase molto particolare della storia della giustizia costituzionale. È infatti tra le pagine della sentenza n. 487 del 1989 che, chiamata a spiegare una volta per tutte perché la regione non può legiferare in materia penale, la Corte costituzionale affermerà la necessità di approfondire la *ratio* della legalità penale costituzionale per chiarirne il reale portato. La Corte premette che «la Costituzione, nel riservare al legislatore le scelte criminalizzatrici, impone criteri sostanziali di scelta e fissa precise direttive di politica criminale», dal che «è agevole ritenere la sede dei consigli regionali non idonea a valersi di tali criteri ed a realizzare le predette direttive». Osservando poi che la scelta dei valori oggetto di tutela penale «va fatta in funzione d'un unico scopo: l'assicurazione delle condizioni “minime” del vivere democratico e cioè delle condizioni di libertà, uguaglianza e rispetto reciproco tra i soggetti», il giudice costituzionale sottolinea che nella prospettiva di perseguire questo «vincolo finalistico» alla luce dei principi costituzionali, è in fondo sotteso «il possesso d'una visione generale dei beni e valori presenti nell'intera Comunità statale», che non trova evidentemente la propria sede nei consigli regionali «per la mancanza d'una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società»⁹⁷. Sono frasi sufficientemente chiare, sebbene da contestualizzare alla luce della peculiare fase giurisprudenziale e della specifica questione nelle quali si inseriscono, oltre che alla luce di altri passaggi della stessa pronuncia decisamente più controversi e alla luce dei quali traspare in controluce la suggestione di una riserva di organo, sebbene l'istituto sia sempre stato letto – prima e dopo questa sentenza, al netto delle volte in cui la Corte ne ha ripreso tali passaggi – come riserva di fonte⁹⁸.

osservando in maniera pressoché apodittica che un intervento normativo «in particolare in materia sanzionatoria o, quanto meno, limitativa di diritti, compete esclusivamente al legislatore». In termini analoghi, fra le altre, la sentenza n. 335 del 1996.

⁹⁵ Sentenza n. 364 del 1988.

⁹⁶ Sentenza n. 313 del 1990.

⁹⁷ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁹⁸ Di fatti, in un passaggio precedente, ricostruita una dimensione storico-ideologica le cui radici affondano nell'illuminismo e nel crollo dell'*Ancien Régime*, la Corte sottolinea che «anche a parte le vicende storiche che inizialmente motivarono la scelta della riserva di legge penale, ancor oggi la dottrina ricorda che il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere

rappresentativo della società tutta, “unita per contratto sociale”; ed è la società tutta che attende che l’esercizio del potere legislativo penale, direttamente od attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì “per il suo bene e nel suo interesse”» (punto 3 del *Considerato in diritto*). Così facendo la Corte legge dunque nella riserva di legge la consegna all’organo-parlamento in quanto rappresentativo del popolo del potere di scelta in materia penale, quando però, come dicevamo, la riserva di legge è, di regola, considerata riserva di fonte e non di organo. E nonostante successivi richiami a questo passaggio anche in alcune pronunce successive, anche recenti (sentenze n. 394 del 2006, n. 5 e n. 46 del 2014, n. 189 del 2019, n. 105 del 2022) l’idea che, nella giurisprudenza costituzionale, «dietro la riserva di fonte si nasconde comunque una tendenziale riserva di organo» (M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 120) va radicalmente rigettata, non foss’altro che per il fatto che la Corte costituzionale ha sempre ammesso l’impiego di atti aventi forza di legge in materia. E del resto, anche a prescindere dalle letture offerte dalla giurisprudenza costituzionale, lo stesso auspicio di un’«estensione del ragionamento...anche ad altre materie, non meno delicate di quella penale» (ivi, 123) suscita seri interrogativi circa un irrigidimento delle possibilità d’impiego degli atti equiparati che, lungi dal risolvere un’ormai atavica crisi del parlamento, rischierebbe di ingenerare ulteriori problemi in ambiti dove invece proprio il ricorso a questi atti è più funzionale della legge parlamentare (pensiamo alle riforme di ampio respiro, senza scomodare necessariamente le codificazioni, o a interventi su ambiti che richiedono conoscenze tecniche di alto livello). Si tratterebbe insomma di una prospettiva che, pur muovendo dalla storia – la «vera origine della riserva di legge, che... è al fondo anche riserva di organo» (ivi, 122) – rischierebbe di rivelarsi, quasi paradossalmente, antistorica. Perché leggere nell’istituto, come pur autorevolmente è stato fatto, una «riserva di atto» che è «dovuta alla natura dell’organo che lo emana e alla pubblicità del procedimento legislativo nell’articolazione delle sue fasi» per giungere poi a escludere che la riserva possa esser soddisfatta attraverso i decreti-legge (L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. Annali*, II, 2, Milano, 2008, 561) apre serie questioni di sostenibilità sul piano razionale dell’intero sistema delle fonti, in quanto i «casi straordinari di necessità e urgenza» che legittimano il ricorso al decreto-legge possono assai facilmente vertere sugli svariati ambiti coperti dalle numerosissime riserve di legge di cui è costellata la Costituzione del 1947, e l’inibizione dell’impiego di un simile atto può in ipotesi finire per aprire gravi problematiche di tutela dei diritti fondamentali, visto che molte riserve vertono proprio su di essi. In ultimo, sull’argomento ‘storico’: intanto, se nella ricostruzione della riserva si muove dalle metamorfosi che hanno coinvolto l’istituto e che sono passate anche dall’ideologia quasi mitologica dell’onnipotenza della legge e dell’assoluta centralità del parlamento attraverso la rappresentanza politica, merita di esser rammentato che già Hans Kelsen ebbe a ricordare «la crassa finzione che è implicita nella teoria – già formulata nella assemblea nazionale francese del 1789 – che il parlamento sia per la sua stessa natura il rappresentante del popolo, la cui volontà può esprimersi unicamente negli atti di esso» (H. KELSEN, *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien, 1926 (tr. it. di B. Flury, *Il problema del parlamentarismo*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 2, 4, 1929, 185). Ma anche prendendo la cristallizzazione di quel passaggio storico considerandola come una tappa imprescindibile nella storia dell’istituto – quale del resto è – ciò che davvero appare opinabile è la riduzione del seguito – meglio: dei due secoli successivi e in particolare di quasi ottant’anni di storia repubblicana – a mera «prassi»: le evoluzioni nella lettura dell’istituto, e la progressiva apertura agli atti equiparati, si collocano anch’esse in un divenire storico; un divenire storico in cui le metamorfosi dell’istituto sono state peraltro accompagnate non soltanto da una «prassi» che se si vuole sarà anche stata una ‘cattiva’ prassi da parte del governo, ma anche dalle interpretazioni della Corte costituzionale che della Costituzione e dalle elaborazioni di larga parte della costituzionalistica. In una parola, al netto dei margini di discussione sulla configurazione dell’istituto da un punto di vista strettamente dogmatico, una ricostruzione – appunto – dogmatica che poggia su un’istantanea dell’istituto ferma a un diritto o, meglio, a un’esperienza giuridica profondamente diversa non solo da quella attuale, ma anche da quella che l’ha preceduta e che ne rappresenta le fondamenta storiche, mostra dei tratti di fragilità che a prestano il fianco a importanti obiezioni. Specie se l’argomento storico viene impiegato come argomento assolutamente dirimente nella ricostruzione di un istituto che, sul piano teorico, mostra per contro un alto tasso di ambiguità strutturale e funzionale.

Un secondo accenno di chiarimento sul fondamento della riserva di legge arriva con la sentenza n. 230 del 2012, nota per aver escluso l'equiparazione fra un mutamento giurisprudenziale favorevole determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione e un'*abolitio criminis*. In questa pronuncia la Corte costituzionale sottolinea come il principio di legalità penale sancito dalla CEDU sia «meno comprensivo» di quello proprio della Costituzione italiana alla luce della presenza di una riserva di legge, la quale «demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale». Parlamento «il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione»⁹⁹.

Un terzo momento in cui la Corte approfondisce la questione giunge con la sentenza n. 46 del 2014, nella quale si richiamano non a caso proprio le due pronunce del 2012 e del 1989:

...l'impedimento all'adozione di pronunce di illegittimità costituzionale di segno sfavorevole per il reo si radica non già in una ragione meramente processuale... quanto piuttosto in una ragione di ordine sostanziale, intimamente connessa al principio della riserva di legge espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost. Demandando il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo (e, in particolare, sulla libertà personale), all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica – ossia al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 230 del 2012, n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989) – detto principio impedisce alla Corte sia di creare nuove fattispecie criminose o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità¹⁰⁰.

In definitiva, dunque, quest'autolimitazione della Corte si lega – ove mai ci fossero stati dubbi – alla necessità di garantire il monopolio sulla nomopoiesi in materia penale al legislatore statale, in coerenza con una lettura del fondamento democratico – e in quanto tale garantista – della riserva di legge non esente da sfumature a tratti eccessivamente ideologiche¹⁰¹. Tornano alcuni passaggi opinabili che lasciano intravedere l'abbozzo dell'*immagine ideale* della riserva di organo, sebbene ciò che anche queste pronunce lasciano sia invece l'*immagine normativa*

⁹⁹ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁰ Punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰¹ Un tratto ideologico legato, lo ribadiamo, a una fase storica imperniata attorno alla centralità di una legge considerata pressoché onnipotente e a una rappresentanza politica che mascherava a suo modo le compressioni dei diritti con il volto di ben più rassicuranti autolimitazioni. Una fase storica ormai superata, non più suscettibile di giustificare alcuni passaggi argomentativi come quelli riportati, decisamente enfatici rispetto a quanto necessario per giungere alle stesse conclusioni sul piano dell'individuazione dei significati nell'interpretazione delle disposizioni che danno forma alla riserva.

– sulla quale ci sono ben pochi dubbi – di una riserva di fonte.

Non a caso, alcune delle ulteriori aperture della Corte costituzionale nel giudizio sulle norme penali in relazione agli atti equiparati alla legge si fonderanno essenzialmente sul rispetto della legalità costituzionale sul piano strettamente procedurale tratteggiato dalle norme ascritte agli artt. 76 e 77 Cost.: se negli apparati argomentativi c'è un richiamo alle prerogative del parlamento nei confronti del governo, questo deriva necessariamente dal dover essere costituzionale relativo alle possibilità di produzione legislativa da parte del governo, più che dalla lettura della riserva di legge penale¹⁰².

In ogni caso, la necessità di conservare – riprendendo l'immagine forse un po' semplicistica – questo 'monopolio nomopoietico' del legislatore¹⁰³ si dispiega specialmente nei confronti dei giudici. Non sono infatti mancati passaggi in cui si è sottolineata l'inaccettabilità di un'equiparazione della «consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali» e «un atto di produzione normativa», perché ciò «comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale», fra cui appunto la riserva di legge e il principio di separazione dei poteri riflesso nella soggezione dello stesso giudice alla legge di cui all'art. 101, secondo comma, Cost.¹⁰⁴

2.3.2. *Le questioni in malam partem relative a fatti pregressi e la retroattività della legge penale più favorevole: cenni.*

Quanto detto vale essenzialmente per le questioni che riguardano fatti concomitanti alla vigenza della norma penale più favorevole. Nella diversa ipotesi di fatti pregressi, ovverosia commessi durante la vigenza della norma penale più severa poi abrogata da una norma sospettata d'illegittimità costituzionale, il quadro cambia: viene infatti meno l'aspettativa garantista sottesa alla *ratio* del divieto di retroattività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., in quanto la persona è imputata per fatti asseritamente commessi durante la vigenza della norma più severa e, di conseguenza, è alla luce di questa che deve aver orientato le proprie «libere

¹⁰² In fondo, ammesso e non concesso il voler guardare alla questione soltanto attraverso la prospettiva della giurisprudenza costituzionale, l'eccesso di produzione normativa governativa tramite atti equiparati come conseguenza della crisi del parlamento e della legge può trovare delle risposte sul piano delle garanzie costituzionali proprio in un sindacato particolarmente rigoroso alla luce delle norme-parametro espresse dagli artt. 76 e 77 Cost., senza scomodare il concetto anacronistico della riserva di organo. Concetto che peraltro, come abbiamo evidenziato *supra* (I.2.2). ove mai fosse abbracciato assieme alle sue dirompenti implicazioni risulterebbe estremamente problematico in termini di conseguenze sulla dinamica ordinamentale e, in certi casi, sulla stessa tutela dei diritti fondamentali.

¹⁰³ Ricordiamo che già Hans Kelsen ricostruì la nomopoiesi distinguendo *attività di posizione del diritto* e *giurisdizione* in base al rilievo che la prima si configurerebbe come «attività di posizione della norma giuridica generale», mentre la seconda come «attività di posizione della norma giuridica individuale» (H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, tr. it di E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. Luther, Milano, 2013, 526).

¹⁰⁴ In questi termini, ancora la sentenza n. 230 del 2012, punti 11 e 12 del *Considerato in diritto*.

scelte d'azione»¹⁰⁵. La questione, in queste ipotesi, s'impenna allora non più attorno al divieto di retroattività e dunque alla riserva di legge penale, ma alla retroattività della norma più favorevole, della *lex mitior*, concetto per definizione relazionale¹⁰⁶ che appartiene all'estrinsecarsi dell'ordinamento penale nel suo momento dinamico¹⁰⁷. Questione che pur essendo estranea al nesso fra riserva di legge e discrezionalità legislativa merita un cenno, seppur minimo, dal momento che contribuisce a completare il quadro della conformazione del potere di normazione penale.

Nelle ipotesi di successione di leggi penali nel tempo in cui la norma successiva è più favorevole, di regola le disposizioni del codice penale impongono l'applicabilità di quest'ultima col limite della pronuncia di una sentenza irrevocabile¹⁰⁸. Quella della retroattività della *lex mitior* è una garanzia sul cui fondamento legittimante in letteratura si è discusso¹⁰⁹: fondamento tradizionalmente ascrivito all'esigenza di assicurare il rispetto del principio di eguaglianza¹¹⁰, o di un dover essere costituzionale di giustizia sostanziale¹¹¹, ma secondo altre prospettive è stato anche ritenuto – a differenza del divieto di retroattività della norma sfavorevole – una questione rimessa alla discrezionalità legislativa¹¹², e da qualcuno più

¹⁰⁵ Per usare un'espressione della sentenza n. 364 del 1988, punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁶ Osserva F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 256 che «di per sé sola considerata, una norma non può essere detta favorevole o sfavorevole, ma solo giusta o ingiusta, opportuna o inopportuna la “favorevolezza” o la “sfavorevolezza” presuppongono in ogni caso una comparazione. Più precisamente, la *favorabilitas* di una norma presuppone che essa concorra a produrre effetti giuridici più benevoli o più vantaggiosi rispetto a quelli che si produrrebbero in base ad altra norma o principio che, altrimenti, sarebbero logicamente chiamati a disciplinare la medesima fattispecie». Sul punto si può ricordare quanto scriveva pure F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed. aggiornata e integrata da L. Conti, Milano, 1987, 93, e cioè che «la valutazione della disposizione più favorevole non deve essere fatta... in astratto, e cioè norma per norma, sibbene in concreto, paragonando i risultati che derivano dall'applicazione delle due norme alla situazione concreta che si presenta all'esame del giudice. È più favorevole quella che, in ordine alla medesima ipotesi, conduce a conseguenze meno rigorose per il reo».

¹⁰⁷ M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 51 sottolinea l'incompatibilità ontologica del concetto di *lex mitior* con l'analisi dell'ordinamento penale dal punto di vista statico, in quanto «la nozione di *lex mitior* presuppone... l'esistenza di una relazione cronologica tra due leggi che si avvicinano nel tempo», mentre appunto sul piano statico «le problematiche concernenti il principio della *lex mitior* non affiorano, dissolvendosi nei temi legati più propriamente al principio della riserva di legge e ai limiti del monopolio del legislatore parlamentare nella produzione normativa penale».

¹⁰⁸ Art. 2 cod. pen.

¹⁰⁹ Si vedano in tema le acute considerazioni di D. PULITANO, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 1300 ss. intorno alla necessità di ripensare il diritto intertemporale a partire dalla normatività dispiegata dai principi di legalità e di eguaglianza, che da un lato vincolano la funzione normativa e dall'altro legittimano una pluralità di soluzioni che rientrano nella discrezionalità del legislatore.

¹¹⁰ G. VASSALLI, *Abolitio criminis e principii costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 408, anche in relazione all'*abolitio criminis*.

¹¹¹ Principio che verrebbe violato «ove si punisse in forza di una disposizione di legge che il giuoco dei valori sociali dell'attuale momento storico ha decretato essere troppo severa (intervento della *lex mitior*) o addirittura da abrogare (intervento della *lex abrogans*)». Così A. FIORELLA, *L'efficacia retroattiva della lex mitior sull'estensione dell'amnistia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 495.

¹¹² F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli*

modestamente ricondotto a tendenze legislative improntate al *favor rei*¹¹³; e non è poi mancato chi ne ha sottolineato la trasformazione sul piano del suo stesso inquadramento dal terreno dell'eguaglianza al suo assurgere a vero e proprio diritto fondamentale¹¹⁴.

Quel che è certo è che attraverso la sentenza n. 394 del 2006 la Corte costituzionale ha poi effettivamente riconosciuto un fondamento costituzionale a questa garanzia, che però «non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale» implicata dalla riserva di legge penale. Un simile fondamento viene invece individuato proprio nel già richiamato principio di eguaglianza, il quale «impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice»¹¹⁵. Insomma, la garanzia non è equiparabile a quella del divieto di retroattività ex art. 25, secondo comma, Cost., e anzi la retroattività della norma penale più favorevole è applicabile soltanto «in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima», perché il nuovo apprezzamento del legislatore intorno al disvalore del fatto può legittimare alla luce del principio di eguaglianza «l'estensione a ritroso del trattamento più favorevole, a chi ha commesso il fatto violando scientemente la norma penale più severa, solo a condizione che quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione». In caso contrario, non vi sarebbe alcuna giustificazione in grado di derogare all'applicazione della regola posta dall'art. 136, primo comma, Cost. e dall'art. 30, terzo comma, legge n. 87 del 1953, «non potendosi ammettere

anni '70, in *La quest. crim.*, 1980, 239 s. L'illustre autore osservava come l'opzione a favore della retroattività della legge penale più favorevole fosse conforme, seppur non imposta, dalla Costituzione, col limite dell'attribuzione al giudice di un potere tanto ampio «da compromettere quell'esigenza di tassatività che l'art. 25, 2° comma, salvaguarda anche *in bonam partem*», mentre l'irretroattività della stessa sarebbe stata giustificata – alla luce dell'incidenza sulla libertà personale – soltanto in relazione a norme penali a tutela di «interessi di particolare rilevanza costituzionale» o comunque in ipotesi di deroghe ragionevoli alla luce del principio d'eguaglianza.

¹¹³ Riteneva ad esempio la regola codicistica «difficilmente riconducibile ad una *ratio* costituzionale», sembrando per converso «esprimere un generico indirizzo legislativo di *favor rei*, peraltro forse non del tutto giustificato», V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in R. Bin et al. (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia. Atti del Seminario*, Ferrara, 6 maggio 2005, Torino, 2005, 286. Il dubbio espresso dall'autore intorno alla giustificatezza della regola codicistica non è condiviso, fra gli altri, da C. SOTIS, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, 116, nota 264, il quale adduce fra i vari argomenti a sostegno della disciplina «una spiegazione di opportunità politico criminale», in quanto «commettere un fatto in vigenza di una legge incriminatrice e commettere in fatto in vigenza di una legge incriminatrice, poi modificata *in melius* da una legge che, a sua volta, viene successivamente abrogata non è proprio la stessa cosa», e dinanzi a «una così alta instabilità» intorno all'esercizio del potere punitivo, il legislatore potrebbe aver ritenuto «preferibile rinunciare alla pretesa punitiva poiché per un verso appare la scelta meno costosa rispetto alla non implausibile conflittualità innescata dall'applicazione della pena in questi casi» e perché, «per altro verso, queste intermissioni legislative sulla meritevolezza di pena minano la credibilità del sistema penale nel suo complesso».

¹¹⁴ F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. e proc.*, 10, 2012, 1374.

¹¹⁵ Punto 6.4 del *Considerato in diritto*.

che una norma costituzionalmente illegittima – rimasta in vigore, in ipotesi, anche per un solo giorno – determini, paradossalmente, l'impunità o l'abbattimento della risposta punitiva, non soltanto per i fatti commessi quel giorno, ma con riferimento a tutti i fatti pregressi, posti in essere nel vigore dell'incriminazione o dell'incriminazione più severa»¹¹⁶.

In ogni caso, il riconoscimento di questo fondamento costituzionale non implica anche un tratto d'inderogabilità, anzi: «eventuali deroghe», osserva la Corte in una pronuncia coeva, «possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa»¹¹⁷. Deroghe che però, alla luce della pregnanza assiologica del valore protetto dalla retroattività della *lex mitior* a livello costituzionale, europeo¹¹⁸ e nel diritto internazionale convenzionale¹¹⁹, sono ammissibili solo di fronte a valori «di analogo rilievo»¹²⁰ e devono «superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole»¹²¹.

2.3.3. *Le aperture successive nel sindacato sulle norme penali di favore.*

Dopo la sentenza n. 148 del 1983, prima apertura nel giudizio sulle norme penali di favore, la già richiamata decisione n. 394 del 2006 in tema di falsi elettorali ha rappresentato la prima pronuncia nella quale la Corte è giunta all'accoglimento di una questione del genere¹²². L'apparato argomentativo contiene affermazioni di

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Sentenza n. 393 del 2006, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹¹⁸ Si veda la nota sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, *Berlusconi*, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, § 68 e § 69, in cui si afferma che «il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» e che di conseguenza «Ne deriva che tale principio deve essere considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario».

¹¹⁹ Nel passaggio in questione la Corte costituzionale si riferiva all'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo con legge 25 ottobre 1977, n. 881 («se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne»). Ad ogni modo ci sembra opportuno sottolineare come, a distanza di qualche anno dalle sentenze del 2006, con la sentenza *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, la Grande Camera della Corte EDU avrebbe ricondotto la retroattività della legge penale più favorevole addirittura nel campo applicativo del principio di legalità penale di cui all'art. 7, par. 1, CEDU, ponendo in essere un autentico – e assai criticato – *overruling* della propria giurisprudenza precedente: una questione sulla quale avremo comunque modo di tornare *infra*.

¹²⁰ La Corte richiama a titolo esemplificativo «quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo» (punto 6.3 del *Considerato in diritto*).

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² La Corte doveva decidere, fra le altre, della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. a e comma 2, lett. a, n. 1, legge n. 61 del 2004 («Norme in materia di reati elettorali»), disposizioni che introducevano norme penali di favore, portatrici di un trattamento sanzionatorio più mite quanto a fattispecie di falsi concernenti liste di elettori e candidati, sia all'interno della legislazione prevista per le elezioni della Camera dei deputati (art. 100, terzo comma, d.P.R. n. 361 del 1957) che in quella dedicata alle elezioni di organi delle amministrazioni comunali (art. 90, terzo comma, d.P.R. n. 570 del 1960).

grande rilievo: il primo vero nodo era infatti rappresentato dal problema dell'ammissibilità delle questioni.

Sul punto, la Corte ribadisce che «all'adozione di pronunce *in malam partem* in materia penale osta non già una ragione meramente processuale – di irrilevanza, nel senso che l'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio *a quo* – ma una ragione sostanziale, intimamente connessa al principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.». E tuttavia, ciò non significa affatto che la legalità penale precluda il giudizio costituzionale anche *in malam partem* delle norme penali di favore – impostazione che, dalla sentenza n. 148 del 1983 in poi, nel 2006 aveva già svariati precedenti alle spalle¹²³. E infatti, un'ipotetica, assoluta preclusione rispetto a giudizi costituzionali *in malam partem*, genererebbe per la Corte il paradosso per cui «il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole». A questo punto, se il principio di legalità preclude alla Corte la configurazione di nuove norme penali, lo stesso non può dirsi per l'annullamento di norme penali di favore alle quali consegua la «riespansione» della norma penale generale.

Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva.

La Corte mette poi a confronto la categoria delle norme penali di favore con quella delle norme penali più favorevoli sotto il profilo del rispetto della legalità penale e della conformazione della discrezionalità legislativa.

Nel caso delle norme penali di favore, «ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni», vale appunto il fenomeno della «riespansione», dal che «la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva». Per converso, nel caso di una norma penale che sostituisca una norma penale anteriore restringendo la rilevanza penale del fatto o mitigando la risposta punitiva, l'accoglimento *in malam partem* non condurrebbe alla «riespansione» di una norma comunque esistente nell'ordinamento, ma ripristinerebbe una norma abrogata, e dunque «espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte»¹²⁴. In ogni caso, come anticipavamo, nel caso in questione la manifesta irragionevolezza della differenziazione posta dalle norme censurate porta alla loro declaratoria d'illegittimità costituzionale e, trattandosi di norme penali di favore, alla prospettata

¹²³ La Corte richiama qui le decisioni n. 826 del 1988, n. 124 del 1990, n. 167 e n. 194 del 1993.

¹²⁴ Punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

«riespansione» della norma penale generale¹²⁵.

Altre aperture si legano a profili differenti della necessità di una più generale espansione della portata del sindacato di legittimità costituzionale.

Ad esempio, un ulteriore varco nel giudizio costituzionale sulle norme penali è stato aperto attraverso la sentenza n. 28 del 2010, in cui la Corte era stata chiamata a giudicare della legittimità di una disposizione extra-penale che «sottraendo temporaneamente le ceneri di pirite dalla categoria dei rifiuti», escludeva, «durante il periodo della sua vigenza, precedente all’abrogazione ad opera del d.lgs n. 4 del 2008, l’applicabilità delle sanzioni penali previste per la gestione illegale dei rifiuti alla fattispecie oggetto del giudizio principale», ponendosi così in contrasto con una direttiva europea. Da cui la prospettazione, da parte del giudice *a quo*, di una violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

Riprese le considerazioni già ripercorse con le sentenze n. 148 del 1983 e n. 394 del 2006 sulla distinzione fra giudizio costituzionale ed effetti delle sentenze nel giudizio principale – e precisata l’estraneità al caso della problematica delle norme penali di favore, vista la mancata prospettazione della violazione dell’art. 3 Cost. – la Corte decide la questione nel merito, accogliendola. Secondo il Giudice delle Leggi, un’aprioristica inibizione del giudizio *in malam partem* priverebbe infatti le direttive sui rifiuti di «ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali», e la stessa responsabilità penale prevista in caso di violazione delle norme penali poste a tutela alle direttive comunitarie «diverrebbe paradossalmente una barriera insuperabile per l’accertamento della loro violazione»¹²⁶.

Altre due aperture giungono invece in relazione al sindacato sui presupposti di legittimità degli atti equiparati alla legge¹²⁷. Il discorso si lega in ambo i casi al

¹²⁵ Un caso simile si è avuto più di recente con la sentenza n. 223 del 2015, all’esito del cui giudizio la Corte ha però dichiarato l’inammissibilità della questione per via della mancanza di una rima obbligata, ovvero sia l’assenza «di un unico rimedio, costituzionalmente obbligato, al vizio rilevato, in un settore, quello delle scelte di politica criminale, caratterizzato oltretutto da una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi contrapposti» (punto 5.4 del *Considerato in diritto*).

¹²⁶ Punto 7 del *Considerato in diritto*. Pronuncia che, se riflette indubbiamente una variazione all’interno di questa giurisprudenza, si appuntava su una disciplina che palesava tratti di arbitrarietà manifesti. Il che, in fondo, è coerente con l’idea di una Corte costituzionale che interviene nei casi di manifesta irragionevolezza e arbitrio: se questo non attenua certo i tratti di novità di questa variazione, evidenzia tuttavia, pur alla luce del nuovo apprendimento, una linea di continuità – se si vuole – concettuale nella giurisprudenza in materia.

¹²⁷ In letteratura non mancano ricostruzioni critiche nei confronti di una lettura del termine «legge» di cui all’art. 25, secondo comma, Cost. comprensiva degli atti aventi forza di legge – o, volendo utilizzare un’espressione più risalente ma concettualmente efficace, leggi «materiali» (V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 51). Fra i costituzionalisti, rispetto all’argomento per cui il Parlamento interviene comunque *ex ante* nel caso in cui si faccia ricorso al decreto legislativo, si è replicato «che in base all’art. 76 l’intervento parlamentare si riduce alla posizione di principî e criteri direttivi, sovente estremamente generici, quindi ben al di sotto di quanto è costituzionalmente richiesto persino nel caso di riserva “relativa”» e che «a ben altro sarebbe tenuto il Parlamento quando la riserva è “assoluta”: non certo alla posizione di principî, ma a completare anche nei dettagli la disciplina dell’oggetto indicato in Costituzione» (L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 3).

sindacato sulle norme penali nella misura in cui la Corte costituzionale ritiene necessario estendere il proprio giudizio alle ipotesi in cui rilevino vizi di questo genere e in cui, non di meno, l'accoglimento determinerebbe effetti *in malam partem*: la logica è ancora una volta quella della «massima espansione del controllo di costituzionalità»¹²⁸. Di conseguenza, analizzare queste ulteriori aperture nel sindacato sulle norme penali implica di tener conto i presupposti di questa tipologia di giudizio.

Quanto alla delegazione legislativa – strumento storicamente tutt'altro che estraneo all'attuazione delle scelte di politica criminale¹²⁹ – può esser utile ricordare che ogni discorso relativo al sindacato di legittimità costituzionale non può prescindere dai limiti che la legge di delegazione deve porre e il decreto legislativo delegato rispettare, discendenti dagli artt. 76 e 77, primo comma, Cost.: i «principi e criteri direttivi»¹³⁰, il «tempo limitato», gli «oggetti definiti», la riserva di assemblea per

Quanto al ricorso al decreto-legge, ci si è invece chiesto se «è ammissibile lasciare alla totale discrezione del governo – o, più precisamente, al suo arbitrio – ogni settore, anche il più delicato ed esposto a rischio, che, appunto per questo, la Costituzione voleva fosse disciplinato esclusivamente dalla rappresentanza popolare? Sessanta giorni sono lunghi; è un tempo in cui molte cose possono accadere» (*ibidem*). Si tratta certamente di critiche acute, che in concreto non sembrano essere state tuttavia tenute in dovuta considerazione, anche a causa – si è ipotizzato – dell'«influenza della prassi pre-costituzionale» (*ibidem*). Nella penalistica, risalenti sono le posizioni critiche rispetto al ricorso al decreto legislativo e al decreto-legge in materia penale. Si veda, fra gli altri, G. CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Milano, 1970, 256 ss., le cui argomentazioni vengono riprese da Franco BRICOLA in *Teoria generale del reato*, cit., 39-41, il quale però è meno rigido sul punto rispetto al primo, concludendo più nel senso dell'opportunità di una soddisfazione della riserva di legge in questione attraverso il ricorso alla legge formale rispetto alla categorica esclusione del ricorso ad atti aventi forza di legge.

¹²⁸ Riprendiamo qui un'espressione utilizzata, pur in relazione a differenti questioni della giustizia costituzionale, da R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta OnLine*, II, 2015, 359.

¹²⁹ Si pensi alla forma probabilmente più importante che tali scelte possono assumere, quella della codificazione: «Se, da un lato e pertanto», ha osservato Ferrando Mantovani, «la riserva di legge è irrinunciabile, dall'altro il Parlamento resta sì, il potere più idoneo ad operare le scelte politico-criminali e il “controllo garantista” sulla produzione normativa penale. Ma non anche a provvedere alla formulazione tecnica dei testi normativi, connotati dalla tassatività, a cominciare dai codici, stante la impraticabilità rispetto a questi delle procedure degli artt. 70 ss. Cost. e lo “scadimento”, quotidianamente constatabile, del Parlamento quale tutore della legalità: il primario responsabile del crescente “disordinamento giuridico”». Di conseguenza, «la via percorribile, specie per la ricodificazione, resta la *delega legislativa*... È comunque un dato: dietro a quei monumenti delle codificazioni europee degli ultimi due secoli si stagliano le figure di un uomo di scienza o di un tiaso di uomini di scienza. Mai un inconcludente “assemblearismo”» (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 42).

¹³⁰ Circa questo limite, può essere interessante ricordare come qualche anno fa la questione della previsione di «principi e criteri direttivi», e in particolare del loro livello di specificazione, sia stata posta di fronte alla Corte in relazione al principio di determinatezza delle norme incriminatrici. Nell'occasione, la Corte ha escluso la sussistenza di un simile nesso: «il livello di specificazione dei principi e criteri direttivi può in concreto essere diverso da caso a caso, anche in relazione alle caratteristiche della materia e della disciplina su cui la legge delegata incide, ma, in ogni modo, esso non ha a che vedere con le esigenze di determinatezza della norma incriminatrice» (ordinanza n. 134 del 2003). Sul punto, è tuttavia interessante osservare come la prima parte del passo riportato non neghi, e anzi ammetta esplicitamente una declinazione del livello di dettaglio richiesto

la deliberazione della stessa legge di delegazione (art. 72, quarto comma, Cost.), oltre alla possibilità di prevedere limiti ulteriori tramite la stessa. In relazione a questa tipologia di atto e ai fini del nostro discorso sulle progressive aperture poste in essere dalla Corte, di grande interesse è la sentenza n. 5 del 2014: si tratta di un esempio emblematico delle intersezioni fra discrezionalità del legislatore delegato alla luce dei principi e criteri direttivi stabiliti nella legge di delegazione e possibilità di intervento *ex post* della Corte costituzionale¹³¹.

A rilevare ai fini del nostro studio è in particolare un passaggio della pronuncia in cui l'interferenza fra i profili d'illegittimità delle disposizioni oggetto del giudizio rispetto agli artt. 76 e 25, secondo comma, Cost. viene messa bene a fuoco. La Corte afferma che l'abrogazione del reato tramite decreto adottato in carenza o eccesso di delega determinerebbe la violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., che «demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale» l'opzione normativa penale. Muovendo da questa premessa, la Corte porta il discorso alle sue conseguenze ultime sottolineando che il sindacato sull'esercizio della funzione legislativa delegata in capo al Governo assurge così a «strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost.»; una garanzia che «non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio a quo» a pena di favorire la creazione di zone franche sottratte al controllo di costituzionalità¹³². Una pronuncia che, al netto di una motivazione ritenuta troppo superficiale su alcuni profili garantistici¹³³,

nell'enunciazione dei principi e dei criteri direttivi ex art. 76 Cost. in ragione della materia nella quale l'intervento legislativo delegato va a collocarsi. Tanto che, poco oltre, la Corte chiarisce che «la legge di delega considerata delimitava sufficientemente l'ambito delle scelte del Governo nell'impiego dello strumento penale, sia definendo la specie e l'entità massima delle pene, sia dettando il criterio, in sé restrittivo, del ricorso alla sanzione penale solo per la tutela di interessi particolarmente rilevanti». Il primo giudizio afferisce alla scelta sulle sanzioni, il secondo sulle scelte di tutela penale. È agevole verificare come la valutazione in sede di giudizio costituzionale del livello di dettaglio dei principi e dei criteri direttivi indicati dalla legge di delegazione finisca per subire una torsione intorno alla morfologia dell'area del tessuto legislativo alla quale la delegazione si riferisce; se ciò è vero, essendo previsti per quest'area principi costituzionali che a vario titolo limitano la discrezionalità legislativa, ci si avvede di come *interferenze* fra i parametri propri della delegazione legislativa e quelli del diritto penale-costituzionale non siano affatto da escludere – come si vedrà, peraltro, alla luce della giurisprudenza successiva.

¹³¹ Nello specifico, la Corte era stata chiamata a giudicare della legittimità dell'art. 1 d.lgs. n. 213 del 2010 («Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 1° dicembre 2009, n. 179, recante disposizioni legislative statali anteriori al 1° gennaio 1970, di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore») e dell'art. 2268 d.lgs. n. 66 del 2010 («Codice dell'ordinamento militare»), rispetto alla quale era stato prospetto il contrasto con gli artt. 76, 18 e 25, secondo comma, Cost. Le norme di cui si sospettava l'incostituzionalità miravano ad abrogare il d.lgs. n. 43 del 1948 («Divieto delle associazioni di carattere militare»), ma la legge delega (legge n. 246 del 2005, «Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005») non solo non conferiva un potere delegato volto ad abrogare il d.lgs. richiamato, ma neppure ricomprendeva lo stesso tra le materie oggetto del riassetto normativo. Da qui, fra le altre cose, l'ipotesi di contrasto con l'art. 76 Cost. per difetto di delega, con l'art. 25, secondo comma, Cost. in conseguenza della «carenza assoluta di potere abrogativo in capo al Governo» e, infine, con l'art. 18 Cost., che al secondo comma proibisce le associazioni che perseguono scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.

¹³² Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹³³ F. PACINI, «*Abrogatio*» non *petita*, *accusatio manifesta*: la Corte Costituzionale interviene sulle

arricchisce l'interpretazione della riserva di legge penale offerta dalla Corte costituzionale¹³⁴. E lo fa nella misura in cui l'istituto non si esaurisce soltanto nell'ascrizione di una chiara priorità alla nomopoiesi legislativa sulle scelte intorno all'esercizio del potere punitivo, ma viene richiamato e agganciato al parametro relativo alle condizioni di legittimità del decreto legislativo per affermare la necessità che il parlamento veda garantite le proprie prerogative nei processi di normazione penale. Il che vale a confermare la premessa da cui abbiamo preso le mosse¹³⁵: la centralità del principio democratico nelle dinamiche costituzionali della riserva di legge.

Per quanto riguarda invece il ricorso ai decreti-legge in materia penale, le problematiche evidenziate dalla giurisprudenza costituzionale sono certamente differenti, seppur finiscano anch'esse per intersecarsi con la declamata preferenza affinché a elaborare le scelte di politica criminale siano le Camere¹³⁶, e, più in

vicende del d.lgs. n. 43 del 1948, in *Federalismi.it*, 7, 2014, 10 ss. osserva come in realtà, sulla questione del divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli e di quello speculare della retroattività delle norme penali di favore, la Corte si limiti a riprendere passi delle precedenti pronunce in tema, dal che potrebbero «residuare dubbi» sull'intenzione di abbracciare compiutamente i passaggi argomentativi della sentenza del 2006. L'autore – evidenziando come la Corte abbia evitato di riportare il passo della sentenza del 2006 in cui si osserva che in ipotesi come quelle rappresentate dal caso in questione il divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli «non viene affatto in rilievo» – sottolinea infatti come la questione centrale sottesa tanto alla pronuncia del 2014 quanto a quella del 2006 fosse in fondo quella della retroattività della norma penale di favore.

¹³⁴ Si vedano pure, per successive conferme di questo indirizzo, le sentenze n. 127 del 2017, n. 174 del 2021 e n. 175 del 2022, dove si legge che «nella materia penale è più elevato il grado di determinatezza richiesto per le regole fissate nella legge delega; ciò perché il controllo del rispetto, da parte del Governo, dei “principi e criteri direttivi”, è anche strumento di garanzia della riserva di legge e del rispetto del principio di stretta legalità, spettando al Parlamento l'individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili» (così, la sentenza n. 175 del 2022, punto 4 del *Considerato in diritto*). Passaggio comunque eccessivamente semplificante, visto che istanze simili relative alla necessaria partecipazione del parlamento alla determinazione dell'indirizzo politico legata alla presenza di una riserva di legge non sono assenti neppure in altri ambiti. Il che però, lo ribadiamo una volta ancora, non implica affatto abbracciare la prospettiva di una riserva di organo, ma modulare il sindacato di legittimità costituzionale alla luce di un dover essere tratteggiato e dalle norme ascritte agli artt. 76 e 77, e da quelle ascritte alle disposizioni che esprimono riserve di legge (come quella di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.).

¹³⁵ M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2014, 249 s., offre una lettura non distante, sebbene in parte differente, osservando che questa intersezione fra i parametri implicherebbe il «riconoscere il monopolio politico-criminale del Parlamento, costituzionalmente sancito, su tutti i confini dell'intervento punitivo, non solo in positivo («quando punire»), ma anche in negativo («quando non punire»), dal che ne deriverebbe «un'estensione del contenuto di garanzia della legalità penale, che determina il superamento di una visione dell'art. 25, comma 2, Cost. orientata esclusivamente (e riduttivamente) al favor rei e alla tutela del cittadino rispetto agli abusi repressivi della sanzione penale».

¹³⁶ Basti pensare anche soltanto al passaggio della sentenza n. 360 del 1996 che ha ritenuto per la prima volta illegittima la reiterazione di decreti-legge non convertiti in cui la Corte afferma che tale prassi incide sugli equilibri istituzionali «alterando i caratteri della stessa forma di governo e l'attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento» (punto 4 del *Considerato in diritto*). Peraltro, nella stessa pronuncia la Corte osserva che una simile prassi, «se diffusa e prolungata, finisce per intaccare anche la certezza del diritto nei rapporti tra i diversi soggetti, per l'impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l'esito finale del

generale, con le peculiarità di questa specifica area del tessuto legislativo ordinario¹³⁷.

Un caso in cui i due profili trovano poi un punto di giuntura è rappresentato dalla sentenza n. 32 del 2014, con la quale la Corte era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di alcune disposizioni introdotte attraverso la legge n. 49 del 2006 (cosiddetta ‘legge Fini-Giovanardi’) in sede di conversione del decreto-legge n. 272 del 2005¹³⁸. Il punto centrale è che, in palese distonia oggettiva e funzionale rispetto al contenuto del decreto- legge da convertire, il legislatore aveva introdotto disposizioni – puntualmente censurate dalla Corte di cassazione nell’ordinanza di rimessione – che novellavano la disciplina dei reati in materia di stupefacenti.

Nel merito, la Corte costituzionale rileva una disomogeneità delle disposizioni impugnate rispetto al decreto-legge da convertire che «assume caratteri di assoluta evidenza», in quanto tali disposizioni apportano addirittura «una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti», tanto sul piano delle scelte di tutela penale che su quello sanzionatorio, grazie alla parificazione dei delitti riguardanti le droghe cosiddette ‘pesanti’ e quelli relativi alle droghe cosiddette ‘leggere’, i quali trovavano invece una differenziazione legislativa nella disciplina precedente. «Una tale penetrante e incisiva riforma», osserva la Corte, «coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.»¹³⁹. In termini più espliciti, il punto centrale è che nel caso in cui le Camere non rispettino «la funzione tipica della legge di conversione», ricorrendo alla speciale procedura ad essa dedicata «al fine di perseguire scopi ulteriori rispetto alla conversione del provvedimento del Governo, esse agiscono in una situazione di carenza di potere». Richiamando quindi due precedenti in materie tuttavia lontane da quella penale¹⁴⁰, la Corte giunge alla conclusione che «l’atto affetto da vizio radicale nella sua

processo di conversione: *con conseguenze ancora più gravi quando il decreto reiterato venga a incidere nella sfera dei diritti fondamentali o - come nella specie - nella materia penale o sia, comunque, tale da produrre effetti non più reversibili nel caso di una mancata conversione finale*» (*ibidem*, i corsivi sono nostri).

¹³⁷ Una conferma del secondo aspetto si rinviene nella giurisprudenza in tema di reiterazione dei decreti-legge non convertiti, in cui la Corte ha da anni declamato la necessità di un giudizio ancor più stringente nel caso in cui si verta in materia penale o comunque afferente ai diritti fondamentali. Questa particolare attenzione è confermata ad esempio nell’ordinanza n. 197 del 1996, dove il Giudice delle Leggi sottolinea proprio l’importanza che la soluzione del dubbio di legittimità costituzionale – prospettato alla luce del parametro di cui all’art. 77 Cost. – riveste alla luce dell’irreversibilità degli effetti che una particolare forma di espulsione avrebbe avuto sui diritti fondamentali.

¹³⁸ Oggetto del giudizio erano gli artt. 4-bis e 4-vicies ter, comma 2, lett. a e comma 3, lett. a, n. 6 del decreto-legge.

¹³⁹ Punto 4.4 del *Considerato in diritto*. Nel prosieguo della motivazione viene poi stigmatizzato il ricorso alla tecnica del maxi-emendamento accompagnato dall’apposizione della questione di fiducia nell’iter di approvazione in entrambe le Camere, il quale non solo aveva impedito nel caso di specie l’esame referente al Senato dopo la deliberazione della Camera, richiesto dall’art. 72 Cost., ma anche l’esercizio del potere di rinvio presidenziale ex art. 74 Cost. a causa della scadenza ravvicinata della legislatura.

¹⁴⁰ Sentenze n. 361 del 2010 e n. 123 del 2011.

formazione è inidoneo ad innovare l'ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa»¹⁴¹ per cui, a seguito dell'annullamento delle disposizioni censurate, tornerà ad applicarsi la disciplina dei reati sugli stupefacenti antecedente alla novella del 2006, «non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo»¹⁴². La reviviscenza dei reati afferenti alle droghe cosiddette 'pesanti' avviene così *in malam partem*.

Non è mancato chi, in questa pronuncia, ha letto un ponte fra i vizi attinenti alla mancanza dei requisiti di cui all'art. 77 Cost. e i possibili *vulnera* generati rispetto alla riserva di legge in materia penale¹⁴³. Fra le varie osservazioni in margine, merita di essere riportato un interrogativo, suggerito dalla presa d'atto per cui non solo i precedenti richiamati nella pronuncia non riguardano la materia penale, e soprattutto dalla constatazione che nella recente giurisprudenza costituzionale sull'illegittimità delle norme poste con maxi-emendamento di contenuto eterogeneo rispetto al decreto-legge da convertire, nel solo accoglimento antecedente alla pronuncia (sentenza n. 22 del 2012) la Corte «si è ben guardata dal parlare di carenza di potere e di atto da considerare “tamquam non esset”». In tal senso, ci si è chiesto «se la peculiarità dei radicali vizi procedurali rimarrà confinata alla materia penale, al fine di giustificare la reviviscenza in *malam partem*... oppure se tale approccio, certamente molto rigoroso, verrà coerentemente esteso ai vizi per carenza di potere a prescindere dalla materia». Alla risposta si sarebbe eventualmente legato «il sorgere di un nuovo tratto distintivo della riserva di legge penale nella giurisprudenza costituzionale»¹⁴⁴.

¹⁴¹ Una situazione «assimilabile a quella della caducazione di norme legislative emanate in difetto di delega».

¹⁴² Punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁴³ In letteratura penalistica si è ad esempio sostenuto che la sentenza in esame «sembra compiere un ulteriore passo avanti, riconnettendo i vizi *in procedendo*... anche alle inevitabili frizioni con quella che, a ben vedere, rappresenta l'essenza della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost.: la garanzia cioè di effettiva partecipazione delle minoranze, per via procedimentale, alle opzioni politico-criminali», per cui la Corte «ha rivendicato la necessità di un legame funzionale tra l'importanza della materia trattata (e dei beni coinvolti) e l'opportunità di un ponderato dibattito parlamentare» (C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 506 s.). Altri sono giunti a conclusioni simili rinvenendo nella decisione una valorizzazione della «democrazia discorsiva», affermando che «la dimensione più propriamente sostanziale del principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost... riesce indubitabilmente valorizzata e riaffermata – almeno in linea di principio... nella sua precipua valenza politica, non surrogabile da atti solo gerarchicamente equiparabili» (V. MANES e L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”*: gli orizzonti attuali della democrazia penale, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014, 4).

¹⁴⁴ I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, 34-35. In una diversa e più specifica prospettiva, a proposito del sindacato di legittimità costituzionale sul decreto-legge, osservano comunque A. SIMONCINI ed E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Oss. cost.*, 3, 2014, 13 proprio passando in rassegna la giurisprudenza in tema che «La legge di conversione a differenza della legge ordinaria si trova ad agire all'interno di un “recinto normativo” predeterminato dal decreto-legge che deve convertire e non può evaderne». Il che vale senz'altro a mettere in guardia contro l'equiparazione totale in termini di implicazioni ordinamentali della legge parlamentare agli atti aventi forza di legge, chiaramente – e tautologicamente – al netto dell'ascrizione della forza di legge attiva e passiva a tali atti, che consente comunque agli stessi di soddisfare la riserva. Breve: un conto è il fatto che la riserva di legge sia

In realtà, se delle specificità possono essere ascritte alla riserva di legge penale muovendo dalla giurisprudenza sulla legittimità sul piano procedurale degli atti equiparati, alla luce di quanto detto ci sembra che esse derivino dal rapporto fra dover essere implicato dalle norme in tema di atti equiparati e dover essere implicato in generale dall'esistenza di una riserva di legge, molto più che dalle suggestioni radicate in alcuni postulati dogmatici che residuano dall'illuminismo penale e che pure sembrano caratterizzare alcuni passaggi argomentativi – neppure scevri da profili contraddittori¹⁴⁵ – della stessa Corte costituzionale¹⁴⁶. E del resto, al di là dell'enfasi sul piano argomentativo, in caso di accoglimento della questione il risultato è sempre l'annullamento: né più né meno di quanto accade in altri ambiti dell'esperienza ordinamentale. Insomma,

2.3.4. *Le questioni in bonam partem: rinvio.*

A differenza delle questioni di legittimità su norme penali di favore o favorevoli, rispetto alle quali la discrezionalità legislativa è stata sostenuta alla luce della combinazione fra inammissibilità radicata intorno all'interpretazione della riserva di legge e rime obbligate¹⁴⁷, nelle questioni prospettate *in bonam partem* il potere di normazione del legislatore è stato preservato essenzialmente attraverso la costruzione giurisprudenziale ispirata dalle riflessioni di Vezio Crisafulli.

Chiaramente, questo implica che il tema delle questioni prospettate in termini favorevoli per la persona sottoposta a procedimento penale – meglio: in termini di mitigazione delle disposizioni espressive del potere di punire – sono questioni che esulano dalla dinamica del rapporto con la riserva di legge, involgendo invece il più generale approccio della Corte costituzionale alla problematica definizione dell'estensione delle sue possibilità d'intervento, che trascende la materia penale e taglia invece trasversalmente la sua giurisprudenza. D'altro canto, è importante anticipare fin d'ora un punto assolutamente centrale nell'economia della nostra ricerca: *nell'ultimo decennio, le linee giurisprudenziali in cui la discrezionalità legislativa ha subito una evidente ridefinizione hanno riguardato proprio questioni in cui si prospettava la mitigazione delle scelte di normazione penale*; ovvero, esattamente questioni *in bonam partem*. E per lo più – e la cosa è tutt'altro che insignificante – questioni relative a norme sanzionatorie. È una risultanza apparentemente paradossale, ma imprescindibile da cogliere per leggere i cambiamenti recenti. In altri termini: nonostante nella giurisprudenza costituzionale la discrezionalità legislativa penale abbia storicamente goduto di tratti – se si vuole – di 'privilegio' quando il verso delle questioni prospettate era di inasprimento del

soddisfatta, un conto sono le conseguenze ordinamentali che derivano da un elevatissimo ricorso agli atti equiparati e in particolar modo al decreto-legge.

¹⁴⁵ Lo abbiamo evidenziato osservando che in effetti, al di là dell'enfasi argomentativa di alcuni passaggi, la riserva di legge non è mai stata letta come riserva di organo.

¹⁴⁶ Va poi da sé che, al di là di questa spiegazione centrata essenzialmente sul rapporto fra l'istituto e la giurisprudenza sugli atti equiparati, la particolare morfologia normativa della riserva di legge penale rappresenti un elemento di specificità; ma è un elemento di specificità che può benissimo valere – ovviamente in termini di ulteriore specificità – anche per altre riserve.

¹⁴⁷ Costruzione giurisprudenziale sulla quale torneremo più approfonditamente *infra*.

tessuto legislativo rispetto alla compressione dei diritti fondamentali, la riduzione del potere di normazione rilevata di recente ha invece riguardato un'attenuazione della sua severità. Il che ci restituisce un interrogativo che rappresenta uno dei nodi più intricati sottesi all'analisi di queste tematiche: se la Corte ha individuato nella riserva di legge il presupposto-principe della discrezionalità legislativa quando non si trattava di mitigare la severità del tessuto legislativo, e se la recente riduzione di questo potere di normazione ha riguardato invece questioni *in bonam partem*, la presa d'atto del superamento delle rime obbligate è una risposta sufficiente a comprendere e nel caso a legittimare una trasformazione tanto profonda del sindacato di legittimità costituzionale?¹⁴⁸

Certo è che, nel perdurare della costruzione delle rime obbligate, l'individuazione di soluzioni – manipolative o meno – prossime all'automatismo interpretativo di fronte all'accertata illegittimità di una sanzione penale era un'operazione nella stragrande maggioranza dei casi del tutto improbabile. Tant'è che, come vedremo, è proprio alla latitudine valutativa della Corte costituzionale nell'individuare pene in grado di sostituire quelle annullate che vengono rivolte le più aspre obiezioni della parte di letteratura maggiormente critica rispetto al nuovo corso.

Ai fini del nostro studio si tratta di una questione ineludibile. E tuttavia, ragioni di ordine espositivo ci impongono il temporaneo rinvio della sua trattazione. Basti dunque, per il momento, l'esserci limitati a porre i termini del problema.

2.3.5. *Le possibilità d'intervento della Corte costituzionale alla luce della riserva di legge: un riepilogo.*

Può a questo punto esser utile provare a mettere schematicamente in ordine quanto detto attorno all'interpretazione che in lunghe decadi la giurisprudenza costituzionale ha sviluppato e consolidato attorno alla riserva di legge penale, guardando alle implicazioni dispiegate sulla questione della discrezionalità legislativa.

A) La riserva di legge non ha inciso sulle possibilità d'intervento della Corte in ipotesi di questioni di legittimità costituzionale prospettate *in bonam partem*, dal momento che il limite alle sue possibilità d'azione si traduceva in questi casi –

¹⁴⁸ Può essere interessante ricordare quanto rilevava già negli anni Ottanta Livio Paladin, il quale, nel cercare di dare una spiegazione dell'ampia discrezionalità legislativa in materie come quella penale e quella tributaria – riflessa nella *difficoltà* ancor più che nella ritrosia della Corte ad intervenire – osservava che in realtà non tanto la «sacertà» o comunque «l'intangibilità del diritto penale o del diritto tributario in quanto tali», hanno tradizionalmente giustificato la «prudenza» della Corte costituzionale, quanto «il fatto che in questi ambiti le impugnative proposte dai giudici *a quibus* hanno ad oggetto, con particolare frequenza, scelte così spiccatamente discrezionali da non poter essere soggette ad un approfondito riesame per mezzo dei giudizi di legittimità costituzionale», e che «nel medesimo senso concorre l'implicito divieto di risolvere le questioni d'eguaglianza attraverso decisioni di tipo additivo-creativo», che «precisamente in materia penale, assume spesso una determinante e peculiare importanza» (L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli. Vol. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova, 1985, 654). È una spiegazione. D'altro canto, ci si può anche domandare se la morfologia delle specifiche aree del tessuto legislativo sia sufficiente a chiarire perché in altri ambiti la Corte non abbia dato prova di tanto rispetto per l'esercizio del potere legislativo. Sul punto torneremo comunque più ampiamente *infra*.

almeno da un certo momento in poi – nella costruzione delle rime obbligate. In queste ipotesi la riserva di legge penale ha rappresentato il principale argomento addotto dalla letteratura più critica verso gli interventi della Corte in materia, ma nulla più di questo.

B) La riserva di legge ha però inciso sulle possibilità d'intervento in caso di possibili effetti *in malam partem* delle proprie pronunce d'accoglimento, ma sul punto vanno distinte le ipotesi in cui: i) i vizi individuati rientrano nella categoria dei vizi formali¹⁴⁹, attenendo ad esempio alla violazione delle norme-parametro della legittimità degli atti equiparati alla legge: qui la Corte costituzionale interviene anche se dalla pronuncia derivano effetti *in malam partem*; ii) i vizi individuati sono riconducibili all'incompetenza: anche qui, la Corte interviene al netto del fatto che il verso del proprio intervento sia o meno *in malam partem*¹⁵⁰; iii) i vizi individuati sono vizi sostanziali ma non attinenti all'incompetenza, e si traducono nella violazione diretta della Costituzione o nel vizio funzionale dell'irragionevolezza: in quest'ipotesi, a differenza delle precedenti, se gli effetti che deriverebbero dall'accoglimento sono *in malam partem*, la Corte non si ritiene legittimata ad intervenire¹⁵¹, a meno che non sia chiamata a giudicare della legittimità di norme penali di favore – categoria distinta, nella sua giurisprudenza, da quella delle norme penali più favorevoli.

Nel complesso, lo si è visto, la tendenza storica – seppur a piccoli passi e con incedere talvolta sincopato – è stata quella della progressiva espansione del sindacato di legittimità costituzionale. A chiusura del cerchio può comunque essere interessante osservare un apparente paradosso, più volte sfiorato nelle pagine precedenti: la riserva di legge è il presupposto-principe di un'ampia discrezionalità legislativa perché rappresenta l'elemento che la Corte costituzionale ritiene preclusivo a suoi interventi in moltissime ipotesi di potenziale accoglimento *in malam partem*; tuttavia – e qui cade il paradosso – di recente la discrezionalità legislativa in materia penale si è significativamente ridotta grazie a interventi della Corte costituzionale *in bonam partem*, che dunque nulla avrebbero a che fare con l'interpretazione della riserva di legge come limite alle sue possibilità d'azione. Ora, per quanto di primo acchito questa tendenza possa colpire, in realtà si tratta di un paradosso che, come anticipavamo, è solo apparente. E lo è nella misura in cui la Corte costituzionale ha esplicitamente tentato di spiegare il suo nuovo corso¹⁵²

¹⁴⁹ A differenza di quelli sostanziali, che riguardano essenzialmente le norme ricavate dalle disposizioni dell'atto legislativo, i vizi formali riguardano «l'atto *ut sic* nei suoi presupposti, nel suo procedimento di formazione, e nella sua forma definita, sia sotto l'aspetto esteriore, sia sotto l'aspetto del suo contenuto dispositivo» (F. MODUGNO, *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1003).

¹⁵⁰ Si veda, fra le altre, la sentenza n. 234 del 1995 in tema di servizi di smaltimento dei rifiuti, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale ligure che autorizzava attività altrimenti passibili di essere sussunte in un divieto penalmente sanzionato posto dalla legislazione statale.

¹⁵¹ Riprenderemo le varie linee giurisprudenziali di quest'orientamento poco oltre, nel tratteggiare le tre differenti declinazioni della discrezionalità legislativa in materia penale.

¹⁵² Pensiamo ancora una volta alle relazioni sull'attività svolta dalla Corte nel 2018 e nel 2019 del presidente Lattanzi e della presidente Cartabia. Ma a riguardo potrebbero riprendersi pure alcuni passaggi argomentativi delle pronunce più importanti di questi anni.

alla luce della declamata necessità di tutela dei diritti fondamentali, specialmente nell'area dell'esperienza giuridica in cui più di ogni altra vengono compresi.

Ci si potrebbe chiedere, di fronte a questo – se inquadrato storicamente, addirittura – *curioso* movimento giurisprudenziale, se la riserva di legge sia allora del tutto estranea al nostro studio. Alla luce dei principali argomenti addotti dalla parte più critica della costituzionalistica verso questa nuova giurisprudenza, fra i quali spicca proprio quest'antico istituto, la risposta ci sembra debba essere categoricamente negativa. Sulla questione avremo modo di tornare ampiamente più oltre, ma dobbiamo fin d'ora sottolineare come in realtà la riserva di legge abbia un'importanza incommensurabilmente maggiore di quella che di regola riveste – e cioè l'essere usata come argomento contrario rispetto all'opportunità che la Corte pronunci sentenze manipolative in materia¹⁵³. La riserva di legge è infatti assolutamente fondamentale nel discorso intorno alla discrezionalità legislativa anche perché la sua esistenza nell'ordine costituzionale si lega a un aspetto spesso trascurato nelle riflessioni sul tema, e cioè il fatto che non si può parlare di un solo tipo di discrezionalità legislativa, ma di diverse declinazioni della discrezionalità legislativa.

In termini più espliciti, in materia penale è possibile individuare almeno tre declinazioni del potere di normazione, relative alla costruzione della fattispecie, all'individuazione delle sanzioni astrattamente comminabili e alla disciplina degli istituti della punibilità. La riserva di legge si lega a ognuna di queste declinazioni del potere legislativo in maniera differente, dilatando o restringendo le possibilità d'intervento della Corte e con essa – di volta in volta in positivo o in negativo – quelle del legislatore. Soffermarsi su queste tre declinazioni della discrezionalità legislativa e sul loro interrelazionarsi dinamico con le implicazioni costituzionali della riserva di legge penale, è dunque imprescindibile.

3. Tre declinazioni della discrezionalità legislativa.

Il quadro delle scelte normative in materia penale non può essere dunque ricondotto a omogeneità, neppure per quanto attiene all'incidenza della riserva di legge: costruzione della fattispecie, individuazione delle sanzioni e disciplina degli altri istituti della punibilità presentano profili di specificità irriducibili. Specificità che riflettono quindi differenti declinazioni della discrezionalità legislativa. In altri termini, il verso della conformazione e dunque della delimitazione della discrezionalità risente della morfologia delle strutture normative prese in

¹⁵³ Sottolinea ad esempio C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 98 ss. che l'ingresso della Corte costituzionale nella scena ordinamentale avrebbe implicato una tensione con la riserva di legge «nella misura in cui... essa assicura il controllo sulle leggi da parte della minoranza nella sede parlamentare e dell'opinione pubblica all'esterno, alla luce della pubblicità/accessibilità della fase decisionale», e che il limite «insormontabile dinanzi alle velleità normative della Corte costituzionale» sarebbe rappresentato dal suo «deficit di legittimazione democratica» propria di ogni giurisdizione, anche costituzionale, che l'autore individua sul piano della «composizione», del «funzionamento» e della «(ir)responsabilità» dell'organo. Ma l'opinione per cui l'agire della Corte in materia entrerebbe in frizione con la legalità costituzionale principalmente alla luce dell'implicazioni della riserva di legge è notoriamente abbastanza diffusa.

considerazione dalle varie linee giurisprudenziali nonché, va da sé, dalla sua interrelazione con l'interpretazione delle disposizioni costituzionali di riferimento¹⁵⁴. Il che non significa neppure che la normazione possa essere analizzata per compartimenti stagni, senza tener conto degli ovvi legami funzionali e strutturali che inevitabilmente legano il precetto e la sanzione¹⁵⁵. Ma che ci siano differenze nell'esercizio del potere di normazione penale rispetto a queste tre

¹⁵⁴ Ciò nonostante, si rinviene talvolta nella giurisprudenza costituzionale un improprio richiamo ai precedenti, con citazioni di pronunce relative alla sanzione per argomentare intorno alla discrezionalità legislativa relativa alla fattispecie e viceversa (un esempio è rappresentato dall'ordinanza n. 144 del 2001, dove per sostenere la discrezionalità legislativa intorno alla fattispecie si richiamano pronunce relative alle sanzioni). Il che si scontra con le ulteriori problematiche della differenziazione del tipo di giudizio sulle norme penali a seconda che rientrino in una categoria o nell'altra (ad esempio, il giudizio alla luce del *tertium comparationis* per scrutinare la legittimità delle pene non si ripresenta tale e quale rispetto alla fattispecie, e per converso l'inammissibilità sostanziale è uno schema utilizzato soltanto per sindacare le scelte legislative su quest'ultima) e, ancora più a monte, entra in contraddizione col funzionamento della stessa riserva di legge che, come segnalava già diversi anni fa G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale*, cit., 273, vive un irrigidimento decisamente accentuato in relazione alla sanzione, a differenza di quanto avviene invece rispetto al precetto, passibile di integrazione – pur in termini comunque assai rigorosi – attraverso norme secondarie. Una più precisa citazione delle sentenze in cui la riserva di legge è stata sistematicamente richiamata come presupposto dell'ampia discrezionalità legislativa in materia risulterebbe funzionale a rendere più rigoroso il ricorso all'argomento autoritativo (o, se si preferisce, *ab exemplo*) al quale la Corte costituzionale riferendosi alla propria giurisprudenza fa naturalmente ampio ricorso. L'eventuale richiamo di un precedente innestatosi su norme morfologicamente differenti mina infatti alla radice la solidità dell'esempio addotto, la «base fattizia» dell'argomento e dunque il corretto operare del principio d'inerzia che sta alla base della sua accettazione e della sua persuasività (profilo, quest'ultimo, sottolineato da G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 373, il quale ricorda che nel giuridico la sua accettazione è peraltro rafforzata dai valori della certezza del diritto e dell'eguaglianza): in questo modo, a meno di non considerare il richiamo ai precedenti una mera di clausola di stile, il legame del precedente con il caso da decidere viene irrimediabilmente spezzato. Osservano d'altronde C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), tr. it. di C. Schick e M. Mayer, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966, 377, che nell'utilizzo giuridico dell'esempio l'assimilazione dei casi nuovi in una sentenza «non è semplicemente un passaggio dal generale al particolare», perché «contribuisce anche a fondare la realtà giuridica, e cioè le norme, e... nuovi esempi reagiscono su quelli vecchi, modificandone il significato»: se questo è plausibile, allora una commistione – sul piano argomentativo, certo, ma sempre in una sentenza di corte costituzionale – fra la conformazione data dalla riserva di legge alla discrezionalità legislativa in relazione alle pene e quella in relazione alle fattispecie andrebbe decisamente evitata proprio per evitare i rischi di un progressivo fraintendimento in ordine alla distinzione fra le declinazioni della discrezionalità legislativa relative a queste due macro-categorie normative.

¹⁵⁵ Illuminante è un passaggio della sentenza n. 161 del 2004 in cui, in un più ampio ragionamento intorno alla fattispecie di cui all'art. 2621 cod. civ. («False comunicazioni sociali») volto a evidenziare come le soglie di punibilità previste dalla disposizione non siano sussumibili nella categoria delle norme penali di favore, si dà rilievo al loro assurgere a elemento, insindacabile dalla Corte, «che “delimita” l'area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice» (punto 7.1 del *Considerato in diritto*). Una scissione concettuale delle declinazioni della discrezionalità legislativa relative a precetto e sanzione è dunque doverosa, ma sempre nella consapevolezza che chiaramente, sul piano funzionale, precetto e sanzione finiscono infine per completarsi. Così come si intersecano, ad esempio, nello stesso giudizio costituzionale: tant'è che la legittimità delle sanzioni viene valutata proprio alla luce delle fattispecie, e ciò al netto del fatto che il giudizio sia condotto o meno secondo uno schema triadico.

tipologie normative è una premessa nella nostra prospettiva d'analisi assolutamente ineludibile.

3.1. *La fattispecie.*

Muovendo dal suo utilizzo per sostenere la discrezionalità legislativa nelle scelte di criminalizzazione, vanno anzitutto premessi i limiti che perimetrano il potere normativo, conformandolo, su questa dorsale. Limiti che, da un punto di vista costituzionale generale, si traducono nel divieto di criminalizzare l'esercizio di un diritto fondamentale o comunque di violare direttamente una norma costituzionale – sia essa riconducibile alla legalità formale o sostanziale – oppure nell'ipotesi in cui l'opzione legislativa risulti di per sé irrazionale. Ulteriori e più specifici limiti, comunque riconducibili a una delle categorie generali ora richiamate, si traducono nel rispetto del già richiamato principio di determinatezza e di quelli posti al concorso fra norme primarie e norme secondarie fissati dalla riserva di legge, oltre che – secondo certe letture – nel rispetto del divieto di analogia¹⁵⁶, del principio di frammentarietà, del principio di proporzionalità, del principio di sussidiarietà, del principio di offensività, del divieto di configurare ipotesi di responsabilità senza colpa e del divieto di retroattività. E tuttavia, *nonostante un'irreggimentazione costituzionale così specifica*, fissati i limiti dai quali si trae il verso di definizione del potere di normazione nelle scelte di criminalizzazione, *la discrezionalità legislativa rimane comunque esponenzialmente ampia, anzitutto alla luce della riserva di legge.*

Rispetto a questa dorsale del potere di normazione penale è infatti fondamentale tener presente la giurisprudenza successiva alla sentenza Paladin e la progressiva elaborazione dei casi in cui la Corte costituzionale ritiene ammissibile entrare nel merito del giudizio di legittimità della norma penale¹⁵⁷. Da un'interpretazione della riserva di legge alla quale si ascrivono i corollari di cui si è detto, non può che fare da *pendant* un'ampia discrezionalità legislativa: non soltanto perché alla Corte costituzionale rimangono precluse innumerevoli ipotesi di sindacato di merito, ma anche perché i casi in cui le questioni risultano ammissibili implicano comunque un giudizio che per concludersi con l'accoglimento deve necessariamente riposare sull'individuazione di vizi come la manifesta irragionevolezza e l'arbitrio¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Per lo meno nella sua specifica declinazione rivolta secondo certe letture al legislatore (pensiamo ad esempio alla recente ricerca di A. BONOMI, *Costituzione e divieto di analogia in materia penale*, Bari, 2023, spec. 59 ss.). In ogni caso, riflettendo di divieto di analogia in materia penale, sembrerebbe plausibile una sua sussunzione nel dispiegarsi della normatività del principio di determinatezza. Si tratta di un divieto che presta comunque il fianco a un certo tasso di opinabilità, pur in presenza di argomenti più o meno solidi a sostegno di questa lettura, fra cui la sua dimensione teleologica (M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. pen.*, IV ed., Torino 1999, par. 4). Non mancano peraltro ricostruzioni che legano il divieto di analogia *in malam partem* alla soggezione dei giudici alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) la quale «vieta al giudice di ricondurre sotto la norma casi non riconducibili a *nessuno dei suoi possibili significati letterali*» (G. MARINUCCI ed E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed. aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2017, 88).

¹⁵⁷ Ricordiamo che la sentenza Paladin è la n. 148 del 1983, su cui si veda *infra* (II.5).

¹⁵⁸ In linea di massima, il ventaglio di opzioni di bilanciamento in grado di non sfociare nel vizio di irragionevolezza manifesta è, almeno in teoria e per le ragioni già esposte, abbastanza ampio. Quanto

Ad esempio, come abbiamo anticipato, da lungo tempo la Corte costituzionale ritiene esserle preclusa la sottrazione di fattispecie da una disciplina comune per inquadrarle in una disciplina speciale «che si ritiene più congruamente tutelare gli interessi coinvolti e tanto meno quando ciò comporti un aggravamento di pena»¹⁵⁹, e di conseguenza qualsiasi decisione che implichi «la creazione... di una nuova fattispecie penale», che sarebbe invece «esclusivamente riservata al legislatore»¹⁶⁰. Un indirizzo destinato a consolidarsi nel corso dei decenni.

Su una diversa dorsale della discrezionalità legislativa relativa alla fattispecie si collocano invece le scelte normative che si traducono in una mancata depenalizzazione¹⁶¹, le quali, a differenza di quelle di depenalizzazione¹⁶² e decriminalizzazione, non sono garantite a monte dall'inammissibilità di un giudizio costituzionale su di esse – pur nei limiti delle eccezioni delineate nel tempo dalla Corte costituzionale – ma dai confini rappresentati dalla manifesta irragionevolezza e dall'arbitrio, i quali implicano in ogni caso un sindacato di merito. Il che avviene, in termini più generali, anche in relazione alle scelte normative che si traducono in norme penali di favore, che dalla sentenza Paladin in poi non sono più sostenute dall'inammissibilità del sindacato costituzionale¹⁶³. Scelte normative, queste ultime, che vanno tenute ben distinte da quelle che anziché *sottrarre* certi fatti all'applicazione di una norma più generale sono invece funzionali a *delimitare* l'intervento sanzionatorio implicato dalla fattispecie astratta; norme, queste ultime, rispetto alle quali riemerge l'inammissibilità sostanziale elaborata a partire dalla riserva di legge¹⁶⁴.

all'arbitrio, si tratta chiaramente di casi-limite in cui la legge non risponde neppure a esigenze minime di civiltà giuridica che si traducono in gravissimi difetti di razionalità. E ciò al netto, lo si è già evidenziato, di una terza ipotesi, ossia la violazione diretta di norme costituzionali nei casi in cui non si configuri alcun bilanciamento e la legge non risulti in sé e per sé irrazionale.

¹⁵⁹ Sentenza n. 42 del 1977, punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁰ Sentenza n. 108 del 1981, 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁶¹ Si veda su questo versante l'ordinanza n. 144 del 2001, dove si legge che «rientra nella discrezionalità legislativa il potere di configurare le ipotesi criminose, determinando la pena per ciascuna di esse, e di depenalizzare fatti dianzi configurati come reato» e che «uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie del legislatore è possibile solo ove l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità», decisione seguita dalle ulteriori ordinanze n. 110 e 471 del 2002, n. 117 del 2003 e n. 212 del 2004, tutte relative alla mancata integrale depenalizzazione dei reati di guida in stato di ebbrezza e sotto l'influenza di sostanze stupefacenti e tutte concluse con un dispositivo di manifesta infondatezza.

¹⁶² Si veda ad esempio la sentenza n. 37 del 2019 sulla depenalizzazione del reato di ingiuria, con cui, non vertendosi in un'ipotesi di norma penale di favore – e non sussistendo neppure, rispetto al diritto all'onore, obblighi d'incriminazione di matrice costituzionale o europea – la Corte costituzionale dichiara la questione inammissibile (punti 7.2 e 7.3 del *Considerato in diritto*).

¹⁶³ Dopo la fondamentale pronuncia n. 148 del 1983, si vedano le sentenze n. 826 del 1988 in tema di emittenti radiotelevisive, n. 124 del 1990 in tema di caccia, n. 167 e n. 194 del 1993 in tema di scarichi, n. 25 del 1994 nonché le ordinanze n. 433 del 1998 e n. 95 del 2004 in tema di indebito percepimento di sovvenzioni e contributi comunitari in materia agricola. Fra queste pronunce, nelle decisioni n. 124 del 1990 e n. 194 del 1993 la Corte costituzionale è peraltro giunta all'accoglimento della questione, nonostante il verso *in malam partem*.

¹⁶⁴ Molto istruttivi, sul punto, alcuni passaggi argomentativi della già citata sentenza n. 161 del 2004 in tema di falso in bilancio. Di fronte alla prospettazione del giudice rimettente di una rimozione delle soglie di punibilità a carattere percentuale di cui all'art. 2621 cod. civ. a fronte della quale si

Spostando lo sguardo su altre dorsali, dalla giurisprudenza costituzionale emerge una perimetrazione della discrezionalità legislativa che prescinde – a differenza delle ipotesi riportate in precedenza – dal pressoché insuperabile vallo dell’inammissibilità sostanziale elaborato dalla Corte. Il che però non significa che, pur ammettendo lo scrutinio di merito, la latitudine valutativa delle opzioni legislative non rimanga molto alta. Del resto, lo abbiamo evidenziato più volte, le scelte normative sulla configurazione delle fattispecie criminoso implicano una valutazione rimessa dalla Costituzione a un’ampia discrezionalità del legislatore. Una valutazione sulle «strutture ontologiche» rappresentate dalle condotte che «varia nel tempo (oltretutto nello spazio) anche in relazione alla normalità od all’eccezionalità della realtà concreta»¹⁶⁵. Una valutazione della realtà che tanto rileva che pure in materia penale la rispondenza ai dati scientifici è in grado di fondare un giudizio di irragionevolezza¹⁶⁶. Ma proprio per il suo altissimo grado di

sarebbe ottenuta l’estensione del campo applicativo della fattispecie a fatti in essa non compresi, la Corte costituzionale osserva che un simile argomentare «porta invero a confondere le norme penali di favore con gli elementi di selezione dei fatti meritevoli di pena che il legislatore ritenga di introdurre in sede di descrizione della fattispecie astratta, nell’esercizio di scelte discrezionali “primarie” di politica criminale, di sua esclusiva spettanza». I giudici di Palazzo della Consulta muovono dalla premessa per cui, tanto ove si accolga la tesi per cui le soglie di punibilità di cui all’art. 2621 cod. civ. integrino requisiti di tipicità del fatto assurgendo a elementi costitutivi del reato, quanto ove si abbracci quella per cui rivestano il più modesto ruolo di condizioni di punibilità, in ambo le prospettive «si tratta comunque di un elemento che “delimita” l’area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice, e non già “sottrae” determinati fatti all’ambito di applicazione di altra norma, più generale: un elemento, dunque, che esprime una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale. Tale scelta – pur a fronte di una generale tendenza alla valorizzazione dei c.d. “indici di esiguità” del fatto espressi da elementi numerici nella delimitazione delle fattispecie penali – può presentare più o meno ampi margini di opinabilità, avuto riguardo alla natura degli interessi coinvolti ed agli effetti indotti dalla concreta architettura delle soglie di punibilità a carattere percentuale. Ma resta comunque una scelta sottratta al sindacato di questa Corte, la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall’art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore, sovrapporre ad essa – tramite l’intervento ablativo invocato – una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l’area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice» (punto 7.1 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri).

¹⁶⁵ Sentenza n. 171 del 1986, punto 6 del *Considerato in diritto*. Tant’è che il versare in contesti di emergenza contribuisce a dilatare ulteriormente la discrezionalità legislativa. In tal caso, il principale limite al potere legislativo è rappresentato proprio dal tempo. Si legge infatti nella sentenza n. 15 del 1982 che «l’emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea», dal che ne discende che «essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (punto 7 del *Considerato in diritto*).

¹⁶⁶ Assai significativo, in questo senso, un passaggio della sentenza n. 114 del 1998. La Corte, pur dichiarando la questione non fondata, afferma che non si può certo escludere che il sindacato sulla costituzionalità delle leggi «possa e debba essere compiuto anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire. Nella materia del diritto penale, anzi, questo specifico riscontro di costituzionalità deve essere compiuto con particolare rigore, per le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività. E tuttavia, perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erranei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione

complessità, la valutazione dei sussulti del reale ai quali la legge penale è chiamata a re-agire implica necessariamente una discrezionalità molto elevata nella decisione normativa.

Un esempio significativo è rappresentato da quella declinazione del potere di normazione penale che si estrinseca nella scelta del livello di anticipazione della tutela, rispetto al quale rileva soprattutto il principio di offensività, che su questa dorsale legislativa conforma e limita la discrezionalità, pur lasciandola comunque abbastanza elevata. La Corte costituzionale ha infatti sottolineato che l'ampia discrezionalità legislativa relativa alla configurazione delle fattispecie «si estende anche alla scelta delle modalità di protezione penale dei singoli beni o interessi», ricomprendendo dunque «l'opzione per forme di tutela avanzata, che colpiscano l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo; nonché, correlativamente, l'individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva»¹⁶⁷. Da questa premessa deriva quindi l'assenza di una preclusione costituzionale nei confronti del ricorso al modello del reato di pericolo presunto¹⁶⁸, che è legittimo nella misura in cui non viola il principio di offensività in astratto, e cioè finché «la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'id quod plerumque accidit»¹⁶⁹. Sottolineare quanto ampio sia lo spazio per valutazioni discrezionali ci appare a questo punto pleonastico¹⁷⁰.

razionali da parte del giudice» (punto 4 del *Considerato in diritto*).

¹⁶⁷ Sentenza n. 225 del 2008, punto 3 del *Considerato in diritto*. Del resto, già diversi decenni or sono i giudici di Palazzo della Consulta avevo osservato che la decisione su «se e come una condotta debba essere sanzionata in relazione al danno o al pericolo che da essa deriva ad interessi determinati, valutati per la loro rilevanza, rientra nelle scelte discrezionali del legislatore e il rapporto tra precetto e sanzione, penale o meno, implica un giudizio di valore riservato esclusivamente al legislatore stesso, e sindacabile da questa Corte nell'esclusiva ipotesi di palese irrazionalità» (sentenza n. 126 del 1983).

¹⁶⁸ Si vedano le già richiamate decisioni n. 333 del 1991, n. 133 del 1992, n. 360 del 1995, oltre alle sentenze n. 247 del 1997, n. 109 del 2016, n. 141 del 2019, n. 211 del 2022 e n. 139 del 2023.

¹⁶⁹ Sentenza n. 225 del 2008, punto 3 del *Considerato in diritto*. In questo senso anche le sentenze n. 109 del 2016 in tema di coltivazione di piante di cannabis a uso personale, n. 141 e n. 278 del 2019 in tema di tolleranza abituale e favoreggiamento della prostituzione, n. 211 del 2022 in tema di guida senza patente della persona già sottoposta a misura di prevenzione personale, n. 139 del 2023 in tema di porto d'armi.

¹⁷⁰ Non a caso, i limiti più pregnanti posti dal principio di offensività alla discrezionalità legislativa riguardano invece le fattispecie delineate sui «tipi d'autore». Perentoria, la Corte costituzionale, nel sostenere che il modello del reato d'autore si pone «in aperta violazione del principio di offensività del reato» che, «desumibile dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, nel suo legame sistematico con l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale» (sentenza punto 3 del *Considerato in diritto*). Sul punto vale la pena di ricordare il caso dell'illegittimità costituzionale dell'aggravante cosiddetta «di clandestinità» prevista dall'art. 61, n. 11, cod. pen. (ovverosia un'aggravante applicabile in relazione ai fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale») dichiarata con la sentenza n. 249 del 2010: «In definitiva», aveva osservato la Corte, «la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno «stigma», che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e

E ancora, un'altra ipotesi di esercizio di discrezionalità legislativa relativo alla costruzione della fattispecie riguarda la configurazione delle cause di giustificazione¹⁷¹ – o, se si preferisce, ‘cause di liceità’ o scriminanti. Le cause di giustificazione sono in effetti definite in letteratura «elementi oggettivi *negativi* della fattispecie criminosa», il cui fondamento sul piano teorico è proprio l'«*assenza di tipicità*»: se la scriminante sussiste, non può esistere reato¹⁷². Qui vale dunque quanto già osservato in termini più generali circa la costruzione della fattispecie.

Un'ulteriore declinazione di potere discrezionale si ha poi nell'individuare «il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto»¹⁷³, seppure «in nessun caso gli è consentito prescindere in toto dal predetto coefficiente»¹⁷⁴. Una

senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un “tipo di autore” assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato» (punto 9 del *Considerato in diritto*). Apprendimento giurisprudenziale ribadito anche più di recente con la sentenza n. 211 del 2022 in tema di incriminazione della guida senza patente della persona già sottoposta a misura di prevenzione personale («Non è quindi compatibile con il principio di offensività l'incriminazione di un mero status, anziché di una condotta, pur potendo rilevare, nei reati propri, la condizione soggettiva dell'autore», punto 7.2 del *Considerato in diritto*) nella quale la Corte concluderà però per la non fondatezza della questione. Non fondatezza motivata in questo caso alla luce del rilievo per cui la norma «è finalizzata a tutelare l'ordine pubblico, potenzialmente posto in pericolo nelle ipotesi in cui sia violata la disposizione di cui all'art. 120 cod. strada, cui è ricollegata la necessità di porre limitazioni agli spostamenti, di impedire o ostacolare la perpetrazione di attività illecite e di rendere meno agevole il sottrarsi ai controlli dell'autorità nei confronti di soggetti pericolosi. Sicché, rispetto alla fattispecie in esame, l'essere sottoposto, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale – cui l'art. 120 cod. strada ricollega l'impossibilità di porsi legittimamente alla guida – non si pone come “evenienza del tutto estranea al fatto-reato” previsto dall'art. 73 cod. antimafia (sentenza n. 354 del 2002) e pertanto non è configurabile come “responsabilità penale d'autore”» (punto 7.6 del *Considerato in diritto*). Com'è agevole constatare, l'offensività pone in questo caso un limite più intenso all'esercizio del potere normativo penale – anche alla luce del suo legarsi strettamente in queste ipotesi al principio d'eguaglianza – sebbene in fondo appaia difficile negare il rimanere in piedi di una discrezionalità comunque non insignificante anche rispetto alle opzioni legislative che diano peso a determinate caratteristiche soggettive, come del resto l'ultimo caso richiamato sembrerebbe provare.

¹⁷¹ Ovverosia, «*quelle speciali situazioni nelle quali un fatto, che di regola è vietato dalla legge penale, non costituisce reato per l'esistenza di una norma che lo autorizza o lo impone*» (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 231).

¹⁷² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 234.

¹⁷³ «... il legislatore ben può – nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza – “graduare” il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati: pretendendo dall'agente un particolare “impegno” nell'evitare la lesione dei valori esposti a rischio da determinate attività» (sentenza n. 322 del 2007, punto 2.3 del *Considerato in diritto*).

¹⁷⁴ «altrimenti, stabilire quando ricorrano esigenze repressive atte a giustificare una “rinuncia” al requisito della colpevolezza – in vista della tutela di altri interessi di rango costituzionale, come, di norma, quelli protetti in sede penale – diverrebbe un apprezzamento rimesso alla mera discrezionalità legislativa: con conseguente svuotamento delle... funzioni, “garantistica” e

volta rispettati «i necessari requisiti subiettivi minimi d'imputazione senza la previsione dei quali il fatto non può legittimamente essere sottoposto a pena»¹⁷⁵, al di qua del confine invalicabile stabilito dal principio di colpevolezza marcato definitivamente con la celeberrima sentenza sull'art. 5 cod. pen.¹⁷⁶, egli dispone dunque di un ampio potere di normazione.

Ma nel legittimo esercizio del potere punitivo nella costruzione delle fattispecie rientrano anche altre tipologie di scelte normative, sicuramente più specifiche e forse non rilevanti come quelle precedenti, e tuttavia ancora una volta sintomatiche del quadro finora tracciato. Fra queste rientra la tecnica detta 'del ritaglio'¹⁷⁷, alla quale talvolta il legislatore fa ricorso quando il reato-base ha un vasto campo applicativo per via della sua formulazione: in queste ipotesi, fattispecie di gravità minore vengono appunto ritagliate dal reato-base «in funzione di un riequilibrio complessivo della disciplina penale»¹⁷⁸. Il ventaglio delle scelte normative risulta ancora una volta decisamente ampio: «Se impiegare o meno la tecnica del "ritaglio"», ha infatti sottolineato la Corte costituzionale, «è quindi una scelta massimamente discrezionale del legislatore, poiché attiene alla costruzione della fattispecie-base, secondo criteri di maggiore o minore latitudine»¹⁷⁹.

Altra conformazione e altro tipo di sindacato caratterizzano invece le declinazioni della discrezionalità legislativa sulla qualità e quantità delle pene.

3.2. Le sanzioni.

La discrezionalità legislativa sulle pene condivide con quella sulla costruzione della fattispecie la comune premessa costituzionale rappresentata dalla riserva di legge. Si pensi ad esempio al fatto che l'auto-preclusione della Corte costituzionale di interventi con effetti *in malam partem* vale anche per le pene.

In fondo, l'ampia discrezionalità legislativa riflette anche su questa dorsale normativa proprio la necessità costituzionale di un adeguato spazio nelle scelte di politica criminale implicato dalla riserva di legge; spazio che si coniuga d'altro canto con i principi costituzionali che lo delimitano e conformano. Come la Corte costituzionale ha avuto modo di precisare, le scelte sulla dosimetria sanzionatoria sono di appannaggio del legislatore alla luce della legalità penale espressa dall'art. 25, secondo comma, Cost., e che d'altro canto una simile discrezionalità «non può essere assoluta» perché delimitata da vari principi costituzionali, fra cui il principio di eguaglianza, «che esige un diritto penale non arbitrario, non irragionevole e non sproporzionato», la finalità rieducativa delle pene e il divieto di pene contrarie al

“fondante”, del principio di colpevolezza» (*ibidem*).

¹⁷⁵ Così la ben nota sentenza n. 364 del 1988, punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁷⁶ Ovverosia la appena richiamata sentenza n. 364 del 1988, su cui torneremo più ampiamente *infra* (II.6.1).

¹⁷⁷ Tecnica sulla quale torneremo comunque più ampiamente *supra* (IV.3).

¹⁷⁸ Sentenza n. 117 del 2021 (rel. Petitti) punto 8.1 del *Considerato in diritto*. Prima ancora si veda la sentenza n. 88 del 2019 (rel. Amoroso) nella quale si osserva come la tecnica sia stata usata ad esempio per i fatti di lieve entità in materia di stupefacenti di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, per la ricettazione, per la bancarotta e per la violenza sessuale (punto 13 del *Considerato in diritto*).

¹⁷⁹ Sentenza n. 117 del 2021, punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

senso di umanità.

La traiettoria della giurisprudenza costituzionale in materia di pena... si dispiega tra due poli, in costante tensione fra loro: da un lato, il dovuto riguardo alle scelte politiche, quale componente necessaria del principio di legalità; dall'altro, la indefettibile tutela degli ulteriori principi e diritti costituzionali, a cui deve conformarsi anche il legislatore della punizione¹⁸⁰.

Come per il potere di normazione sulla fattispecie, anche quello sulle pene incontra i limiti della manifesta irragionevolezza e dell'arbitrio, i quali naturalmente si accompagnano alle violazioni dirette della Costituzione nelle ipotesi in cui non ci si trovi dinanzi a un bilanciamento e la legge non sia completamente irrazionale. La morfologia normativa delle sanzioni rende però decisamente differente l'incidenza della legalità costituzionale nella conformazione della discrezionalità legislativa, e questo si riflette soprattutto sugli specifici 'versi' della discrezionalità rispetto ai quali il legislatore tende più di frequente a superare il limite, ponendosi in contrasto con la legalità costituzionale.

Nel caso delle pene, le ipotesi d'illegittimità diverse dalla manifesta irragionevolezza e dall'arbitrio, proprio alla luce della peculiare morfologia normativa delle sanzioni, rappresentano infatti ipotesi decisamente improbabili. A differenza delle fattispecie, ad esempio, con le scelte normative sulle pene non si può configurare una violazione diretta della Costituzione con la stessa probabilità con la quale può configurarsi alla luce della criminalizzazione dell'esercizio di un diritto fondamentale. E ancora, si pensi ai limiti espressamente posti dalla Costituzione all'esercizio della normazione relativa alle pene, ossia il divieto di pena di morte e il divieto di pene contrarie al senso di umanità: le ipotesi legislative che queste norme rifuggono sono evidentemente estreme – e ciò sebbene a differenza della pena di morte pene contrarie al senso di umanità non siano rimaste estranee all'ordinamento italiano neppure in anni recenti – e rendono facilmente l'idea del perché il più comune rischio di esercizio distorto della discrezionalità legislativa sia su questa dorsale la manifesta irragionevolezza, nella gran parte dei casi per violazione del principio di eguaglianza o per la sproporzionata compressione dei diritti fondamentali incisi dalla pena.

Si può anzi affermare che il più comune vizio di legittimità riscontrabile nelle scelte sulle sanzioni penali sia proprio l'irragionevolezza; un vizio che implica una fallacia manifesta nei bilanciamenti di volta in volta in rilievo alla luce della scelta normativa. Certo, rimane il fatto che, affinché si configuri un'irragionevolezza manifesta, è necessario che il potere normativo sia esercitato in maniera talmente implausibile da andare al di là di quanto la logica del probabile è in grado di tollerare e la pur ampia discrezionalità legislativa in materia consentire. Tutto questo fa sì che il sipario si apra su uno scenario notoriamente disseminato di tutta una serie di ulteriori problemi.

Una volta constatata l'illegittimità costituzionale di una sanzione si apre infatti la questione altamente complessa della sua sostituzione al fine di non lasciare in piedi un irrazionale – almeno fino all'eventuale intervento legislativo – precetto senza

¹⁸⁰ Sentenza n. 179 del 2017, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

sanzione, o comunque non lasciare del tutto privi di tutela penale valori che pure ne erano meritevoli, sebbene – in ipotesi – in termini meno severi. Sono difficoltà con cui la Corte deve necessariamente fare i conti, che riguardano tanto la fase valutativa della legittimità della sanzione quanto la fase ricostruttiva una volta che sia stato accertato il contrasto con la Costituzione¹⁸¹. Tant'è che la necessità d'individuare un idoneo *tertium comparationis* al quale 'agganciare' la *parte ricostruttiva* delle sentenze manipolative¹⁸² in materia è considerato dalla Corte costituzionale un requisito fondamentale nel suo giudizio anche negli anni più recenti, nei quali invece non lo è con riguardo alla parte valutativa¹⁸³.

In ogni caso, proprio l'incomparabile impatto che le sanzioni penali hanno sui diritti fondamentali implica la necessità di non eludere simili questioni dietro forme più o meno implicite di *non liquet* che pure certe letture della riserva di legge potrebbero giustificare¹⁸⁴. D'altro canto, il rifiuto dell'aprioristica rinuncia a rendere giustizia costituzionale implica la consequenziale accettazione di muoversi su un terreno di massima opinabilità – e quindi criticabilità – perché è un terreno in cui la decisione normativa alla quale il giudizio costituzionale si aggancia è una decisione dal tasso di valutazione discrezionale altissimo. Come si fa infatti a stabilire la 'giusta' cornice edittale per un reato¹⁸⁵, senza entrare nel merito di tutta una serie di valutazioni che sono, per definizione, massimamente politiche?

Paradossalmente, si potrebbe anche arrivare a dire che per la Corte costituzionale sarebbe più semplice giudicare della legittimità delle fattispecie, visto che in quel caso – ammessa ovviamente l'assenza di obblighi di criminalizzazione¹⁸⁶ – basterebbe limitarsi, una volta accertata l'illegittimità, a un semplice annullamento.

¹⁸¹ Sulla struttura in due parti delle sentenze manipolative – una demolitoria, equivalente all'eliminazione di una norma attraverso il dispositivo di accoglimento e una ricostruttiva attraverso cui «la Corte colma, invece, la lacuna e ricostruisce il tessuto normativo» – si sofferma N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. 4. *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, 1977, 633.

¹⁸² La prima aggettivazione di queste pronunce come «manipolative» si deve a L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 562, che utilizzò quest'aggettivo «in senso buono» in margine alla pronuncia n. 52 del 1965, per definire quelle decisioni in cui la Corte costituzionale, di fronte a una disapplicazione diffusa della norma nella giurisprudenza dominante, «considera come contenuto della legge, onde eliminarlo, una entità che è cresciuta contro la legge, anche se innestandosi su di essa: e dichiara sì illegittimo... un testo, ma solo per salvarne la sostanza originaria, conforme a Costituzione, per ripristinare la volontà del legislatore contraddetta da quella dei giudici».

¹⁸³ Si vedano, fra le altre, le sentenze n. 148 e n. 236 del 2016, n. 207 del 2017 e n. 137 del 2020.

¹⁸⁴ Basti pensare all'accennata inammissibilità sostanziale a lungo affermata in materia, che ha rappresentato l'autentica incarnazione di questo tipo di letture.

¹⁸⁵ 'Giustizia', per così dire, che implica pure la previsione di una latitudine valutativa sufficientemente ampia in capo al giudice in fase d'individuazione della pena da comminare in concreto, adeguandola al caso. Profilo che, come abbiamo argomentato nelle pagine precedenti, risponde non a scelte di opportunità politica ma al dover essere costituzionale (si vedano, fra gli altri, G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale*, cit., 272 e F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 352 ss.).

¹⁸⁶ Ipotesi che prendiamo per pacifica quantomeno in linea generale, senza ignorare – ad esempio – l'esistenza dell'esplicito obbligo di criminalizzazione di cui al terzo comma dell'art. 13 Cost. («È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà»).

Senonché, il giudizio sulla fattispecie non è più semplice, ma soltanto diverso, infatti: a) l'espunzione di una fattispecie di reato altera comunque inevitabilmente l'equilibrio complessivo del tessuto legislativo potendo comportare il venir meno di una necessaria gradualità nella punizione di certe condotte e dunque determinare ipotesi d'irrazionalità – e dunque invalidità¹⁸⁷ – nel tessuto legislativo; b) la Corte ben potrebbe, attraverso l'individuazione di precisi indici legislativi – frammenti di disposizione – optare per soluzioni diverse da una declaratoria d'illegittimità *tout court* proprio per evitare altre incostituzionalità consequenziali alla stessa o per cercare di rispettare il più possibile la logica complessiva dei precedenti assetti legislativi. Ma al netto di questo, il punto è evidentemente un altro: pur rigettando l'idea che il giudizio sulla fattispecie sia più semplice, ciò che qui interessa sottolineare è piuttosto l'altra faccia della medaglia, ovverosia quanto il giudizio sulla ragionevolezza delle pene possa risultare complesso, per tutta una serie di implicazioni esistenti già a monte legate alla morfologia delle norme sanzionatorie e ai limiti ad esse posti dalla Costituzione. Il che spiega le ragioni di una storica prudenza della Corte costituzionale in materia; prudenza alla quale ha ovviamente fatto da *pendant* l'immagine di un potere di normazione non solo molto ampio alla luce della riserva di legge, ma anche difficilmente sindacabile. Del resto, il progressivo affinamento del giudizio costituzionale su queste norme è stato tutt'altro che una marcia trionfale: la sua evoluzione lenta e graduale è in tal senso significativa¹⁸⁸.

Dopo i primi passi di giurisprudenza costituzionale, è negli anni Settanta che le valutazioni di merito nel giudizio sulla legittimità delle pene diventano più invasive, finché sul finire degli anni Ottanta la Corte inizia a ricorrere a sentenze sostitutive di sanzioni poste dal legislatore¹⁸⁹ e negli anni Novanta il finalismo rieducativo si va ad aggiungere agli elementi in grado di limitare e conformare il potere di normazione in materia in una maniera che in precedenza sarebbe stata giudicata forse improbabile. Fra l'altro, va osservato come proprio il finalismo rieducativo delle pene sia nel tempo divenuto un elemento decisamente centrale nella conformazione della discrezionalità legislativa.

È noto che in letteratura e in giurisprudenza la finalità rieducativa delle pene¹⁹⁰ è

¹⁸⁷ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Padova, 1934, 167 ss.

¹⁸⁸ Del che daremo più ampiamente conto *infra*.

¹⁸⁹ Si è osservato che tra metà degli anni Settanta e fine anni Ottanta le principali innovazioni nella giurisprudenza costituzionale in materia penale sarebbero state essenzialmente due: «Da un lato, le questioni di costituzionalità iniziano a interrogare sempre più frequentemente la Corte su aspetti della scelta politica (sul precetto o sulla pena) che attengono o sfiorano il merito della discrezionalità legislativa e che richiedono un più penetrante sindacato di ragionevolezza. Dall'altro, la Corte comincia ad acquisire e a utilizzare i principi "materiali" del diritto penale elaborati dalla dottrina penalistica, i quali vengono sempre più spesso utilizzati anche dai giudici rimettenti per sollevare eccezioni d'incostituzionalità. Aumentano le questioni che riguardano i 'confini interni' tra fattispecie incriminatrici simili o i 'confini esterni' delle incriminazioni rispetto a comportamenti penalmente irrilevanti, sollevate sotto il profilo della mancanza di una ragionevole giustificazione della differenza di trattamento» (G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 124).

¹⁹⁰ L'utilizzo da parte della Costituzione del plurale «pene» è stato autorevolmente letto nel senso che «la pena detentiva dovrebbe oggi essere accompagnata da altre e potrebbe un domani essere di

stata a lungo intesa come principio operante esclusivamente sul piano dell'esecuzione penitenziaria, e che le varie fasi della relativa giurisprudenza costituzionale sono state scandite sul piano storico da importanti momenti di rottura, dall'entrata in vigore della legge n. 354 del 1975 agli anni segnati dalle stragi di mafia, sino alle novità della giurisprudenza costituzionale più recente. L'idea che l'aspirazione rieducativa accompagni la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» si affermerà infatti definitivamente in una nota sentenza del 1990¹⁹¹, marcando così una differenza radicale rispetto alla giurisprudenza costituzionale precedente: il principio del finalismo rieducativo rompeva così gli argini dell'esecuzione penale, dove era rimasto a lungo confinato, e la sua normatività si estendeva al legislatore e ai giudici comuni di cognizione, esecuzione e sorveglianza, oltre che alle autorità penitenziarie, assurgendo finalmente a «punto cardine della funzione costituzionale della pena»¹⁹². E quest'idea finirà non soltanto per porre vincoli al potere legislativo sul piano della configurazione astratta delle pene e della loro esecuzione, ma per fondare lo stesso giudizio su di esse in chiave più strettamente proporzionalistica¹⁹³ rispetto ai diritti fondamentali compressi, arricchendolo così di quest'ulteriore componente funzionalistica: il tutto sulla base della premessa per cui «una pena palesemente sproporzionata – e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato – vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa»¹⁹⁴. Tant'è che la Corte tende a individuare i riferimenti di diritto positivo per questo tipo di giudizio negli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. lasciando l'art. 13 sullo sfondo, se non proprio accantonandolo. Ora, sebbene ogni interpretazione di atti normativi sia per definizione un'interpretazione sistematica¹⁹⁵, ed è quindi pleonastico sottolineare che nel giudizio di

norma sostituita da sanzioni extracarcerarie, incidenti pur sempre sulla libertà personale del condannato, ma assai meno devastanti (e costose) rispetto a quella». Così, F. DELLA CASA e G. GIOSTRA, *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, 2.

¹⁹¹ Sentenza n. 313 del 1990, punto 8 del *Considerato in diritto*. «Questa formula, da considerarsi definitiva», ha scritto Carlo Enrico Paliero, «io la intendo come il *paradigma* della pena – l'unico – dotato di certificato di omologazione da parte della stessa Corte costituzionale: descrive la *geometria* della pena come struttura complessa (articolata in almeno quattro elementi, o fasi – comminazione, commisurazione, esecuzione, estinzione –); ne analizza la *meccanica*, governata da un unico *rationale* (il “principio rieducativo”) e sottoposta alla necessità di una *assoluta coerenza interna* nel suo sviluppo dinamico, a tale *rationale* costantemente orientato» (C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 169).

¹⁹² Sentenza n. 313 del 1990, punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹⁹³ «Una progressiva perdita di autonomia del principio di uguaglianza-ragionevolezza, a vantaggio di un principio strettamente penalistico come quello di rieducazione», si è infatti osservato, «è altresì ravvisabile nella possibile declinazione o variante della ragionevolezza in chiave di *proporzione*» (G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in M. Cartabia e T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano – Bicocca, 15-16 maggio 2008, Milano, 2009, 144).

¹⁹⁴ Sentenza n. 68 del 2012, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁵ Muovendo dall'assunto per cui l'interpretazione si conduce partendo dagli enunciati, i quali devono essere collocati *nel contesto linguistico e nella situazione non linguistica* nella quale si inseriscono, è stato sottolineato che «ogni interpretazione di enunciati, almeno e particolarmente di

ragionevolezza in questione la libertà personale è comunque al centro delle valutazioni della Corte – chiamata appunto a verificare la proporzionalità della sua compressione¹⁹⁶ – l'accento posto sul finalismo rieducativo ci dice qualcosa di più della capacità prescrittiva e conformativa della Costituzione in quest'area del tessuto legislativo. Questo qualcosa in più è il frutto della scelta in Assemblea costituente di funzionalizzare in termini di dover essere proprio la declinazione più autoritaria e violenta del pubblico potere; e tuttavia, sul punto è necessario porre un doppio *caveat*. La finalità rieducativa non è infatti né il frutto di una incontrovertibile volontà dell'Assemblea costituente, né l'unico elemento che limita e conforma la discrezionalità legislativa sulle sanzioni sul piano funzionale. Va infatti ricordato che in Assemblea costituente non vi fu concordanza di vedute sulla disposizione originaria prodotta dal lavoro comune di Lelio Basso e Giorgio La Pira in prima sottocommissione. Fu un punto su cui si discusse vivamente, specie alla luce della contrapposizione del tempo fra visioni della pena ispirate alla scuola classica, più propense a inquadrare il tratto caratterizzante della pena nella retribuzione¹⁹⁷, e visioni ispirate invece alla scuola positiva, più orientate a valorizzare la dimensione preventiva e dunque inclini ad accogliere proprio il riferimento alla rieducazione. Dunque, la disposizione formulata dalla commissione per cui «Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del reo» fu oggetto di vivaci polemiche. Una volta in assemblea plenaria, mentre alcuni sostennero la radicale inopportunità dell'inserimento del finalismo rieducativo in una costituzione perché sarebbe stato «vano... pretendere di determinare il contenuto moralistico della pena»¹⁹⁸, altri – in particolare Giuseppe Bettiol e Giovanni Leone – tentarono una torsione del testo dalla quale la rieducazione avrebbe dovuto emergere al più come «fine collaterale»¹⁹⁹. Ed è quantomai significativo che proprio

quelli normativi, non può non essere, nel senso detto, sistematica» (F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica. Tomo primo. L'oggetto*, Padova, 2015, 187).

¹⁹⁶ «La palese sproporzione del sacrificio della libertà personale che così si realizza», si legge nella sentenza n. 343 del 1993, «produce, infatti, una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione» (punto 6 del *Considerato in diritto*).

¹⁹⁷ «Il fine primario della pena», scriveva un insigne esponente di questa scuola, «è il ristabilimento dell'ordine esterno nella società» di fronte al «pericolo... che il malvagio, se si lascia impunito, rinnovi contro altri le sue offese: e il pericolo che altri, incoraggiati dal malo esempio, si diano anch'essi a violare le leggi». Da qui, il rigetto dell'«*intimidazione*» e dell'«*emenda*» quali finalità primarie della pena: «Altro è indurre un colpevole a non più delinquere, altro è pretendere di renderlo interiormente buono. Altro è ricordare ai male inclinati che la legge eseguisce le sue minacce, altro spargere il terrore negli animi. Il timore e la emenda sono impliciti nell'azione morale della pena; ma se di loro vuol farsi un *fine speciale* essa si denatura, e si conduce ad aberrazioni il magistero punitivo» (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, VIII ed., Firenze, 1897, 590 ss.).

¹⁹⁸ Così osservava l'onorevole Crispo, per il quale la pena avrebbe dovuto ricondursi essenzialmente a istanze repressive e istanze preventive, ritenendo che una «funzione di controspinta psichica, e di emenda» non avrebbe potuto sancirsi in una costituzione; dal che, sarebbe stato sufficiente, sul punto, affermare il divieto di «trattamenti contrari al senso di umanità» (A. CRISPO, Intervento nella seduta di mercoledì 26 marzo 1947, LXXVI, Resoconto stenografico, Atti dell'Assemblea costituente, 2502, consultabile in <https://legislature.camera.it>). Lo stesso Crispo avrebbe poi proposto in plenaria la soppressione del terzo comma.

¹⁹⁹ Pensiamo qui all'emendamento proposto da Bettiol e Leone, che puntava a sostituire il comma

due autorevoli penalisti come Bettiol e Leone giustificassero la loro ostinazione nel decidere di non ritirare il proprio emendamento, poi non approvato,

per il semplice fatto che vogliamo proprio evitare di entrare nell'atmosfera d'una determinata scuola, per evitare, cioè, di prendere con una norma costituzionale, posizione rispetto al contenuto dottrinario d'una tendenza penalistica piuttosto che d'un'altra, per esprimere, invece, una esigenza che possa trovare la sua concretizzazione sul piano politico e sul piano giuridico²⁰⁰.

E a evitare che su questo emendamento – autorevolmente sostenuto anche da Aldo Moro²⁰¹ – si arrivasse alla 'conta', non bastarono neppure i tentativi di rassicurazione del già presidente della prima sottocommissione²⁰². La questione fu anzi così divisiva da spingere il presidente della commissione per la costituzione Ruini a intervenire – inutilmente – per cercare di ridimensionare il peso che il riferimento alla rieducazione aveva rispetto alla disputa giusfilosofica intorno alla finalità della pena, osservando che una simile funzione «non è soltanto privilegio e monopolio della scuola positiva», ma anche «principio del diritto canonico e del cristianesimo»²⁰³. E così la polemica in Assemblea proseguì fino a quando la proposta formulata dalla commissione fu messa ai voti, per essere poi approvata a maggioranza²⁰⁴.

Già l'approvazione così travagliata della disposizione costituzionale, portandosi

con la seguente formulazione: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità o che ostacolano il processo di rieducazione morale del condannato». Nello svolgere l'emendamento, Leone ebbe a sottolineare che la commissione non aveva «voluto prendere posizione» su «un problema che tormenta da secoli le menti dei pensatori e dei filosofi e che agita le legislazioni di tutto il mondo», per cui tentare di risolverlo in sede di scrittura della Costituzione non sarebbe stato opportuno. E dal momento che il testo che approvato dalla commissione poteva «sia pure con una interpretazione esagerata, dar luogo all'impressione che la Commissione abbia voluto stabilire che il fine principale della pena sia la rieducazione», egli motivava l'emendamento sottolineando che si doveva prendere posizione sul punto, «se non nel senso di individuare *un fine collaterale dell'esecuzione della pena*, il fine cioè di *non ostacolare il processo di rieducazione del reo*» (G. LEONE, Intervento nella seduta antimeridiana di mercoledì 15 aprile 1947, LXXXIX, Resoconto stenografico, Atti dell'Assemblea costituente, 2879, consultabile in <https://legislature.camera.it>, enfasi nostra).

²⁰⁰ Ivi, 2881.

²⁰¹ Il quale ebbe a dire che il riferimento alla rieducazione recava con sé il pericolo di «essere considerato da parte dei futuri legislatori e da parte degli scienziati di un determinato orientamento, come fondamento di una pretesa ad orientare la legislazione penale italiana in modo conforme ai postulati della scuola positiva» (ivi, 2884).

²⁰² Osservava infatti l'onorevole Tupini: «se noi siamo convinti... che effettivamente la società non deve rinunciare ad ogni sforzo, ad ogni mezzo affinché colui che è caduto nelle maglie della giustizia, che deve essere giudicato, che deve essere anche condannato, dopo la condanna possa offrire delle possibilità di rieducazione, perché ci dobbiamo rinunciare? *Non importa a me che questo possa rispondere ad un postulato scientifico di una determinata scuola*» (ibidem, enfasi nostra).

²⁰³ Ivi, 2885.

²⁰⁴ Ricordano V. FALZONE, F. PALERMO e F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1948, 63 che in sede di coordinamento finale il comitato di redazione invertì l'ordine del divieto di trattamenti contrari al senso di umanità con il finalismo rieducativo per via della ritenuta opportunità di «attenuare l'apparenza positivistica della dizione».

dietro una questione teorica antica e irrisolta, dice molto delle difficoltà di ascrizione di una specifica funzione alla pena nella legalità costituzionale italiana. E tuttavia, l'elemento che dovrebbe spingere a ridimensionare letture che inquadrano il finalismo rieducativo come unico elemento di connotazione funzionale delle sanzioni penali è il fatto che, anni dopo, l'interpretazione del testo costituzionale avrebbe portato esattamente all'affermazione di una concezione polifunzionale della pena. Una lettura che non soltanto avrebbe finito per tradurre in norma l'idea se si vuole *agnostica* di Leone e Bettiol per cui la rieducazione era «un fine collaterale» che al più – nella loro proposta emendativa – non doveva essere ostacolato; ma una lettura che è in fondo l'unica in grado di dare unità, solidità e coerenza normativa a quest'area del tessuto costituzionale. Ed è l'unica proprio alla luce dell'assiologia costituzionale e del suo dar forma a questa parte dell'ordine giuridico²⁰⁵: il discorso intorno al potere di punire si colloca infatti al crocevia fra istanze assiologiche identificabili nella *sicurezza sociale* da un lato e nel *rispetto della persona e dei diritti individuali* dall'altro; a valle, il bilanciamento fra questi valori trova una positivizzazione funzionale nella coesistenza sul piano normativo di *funzioni retributive* e di *funzioni preventive*, con l'esplicitazione – che non implica però un'esclusiva sul piano normativo – del *finalismo rieducativo* e del *divieto di trattamenti contrari al senso di umanità*²⁰⁶. Il che restituisce un dover essere costituzionale a maglie larghe, nella cui cornice la funzione legislativa può essere legittimamente esercitata. In fondo, perfino chi fondò il costituzionalismo penale italiano ebbe a definire il tratto retributivo della sanzione «ineliminabile»²⁰⁷. Si potrebbe dunque dire che rispetto alle pene la funzione rieducativa è di per sé eventuale e si accompagna ad altre, e che però esiste un dover essere costituzionale che impedisce che essa sia radicalmente o irragionevolmente inibita: e così, il cerchio si chiude. Una lettura la cui plausibilità non richiede peraltro un'esplicitazione nel testo costituzionale dei fini retributivi della sanzione penale, perché si tratta di una possibilità interpretativa già implicita nel testo nel suo complesso²⁰⁸, e già nella stessa legittimazione del potere punitivo che emerge dalla

²⁰⁵ In consonanza con l'idea che siano i valori a restituire la morfologia del sistema (A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 347).

²⁰⁶ Sottolinea I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in Riv. AIC, 2, 2014, 2 che i principi del diritto costituzionale penale tratterebbero esattamente un dover essere funzionale «a bilanciare l'efficacia repressiva con la garanzia dei diritti fondamentali della persona» (enfasi nostra).

²⁰⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 17.

²⁰⁸ Andrebbe comunque relativizzato lo stesso luogo comune per cui la finalità rieducativa sarebbe l'unica espressamente prevista dalla Carta del 1947: se si può infatti concedere che essa emerga per così dire *ictu oculi* dal tenore letterale della disposizione di cui all'art. 27, terzo comma, nondimeno, di ogni interpretazione va tenuta presente, in ossequio al canone della *totalità* della considerazione ermeneutica, «la correlazione che intercede fra le parti costitutive nel discorso, come di ogni manifestazione del pensiero, e il loro comune riferimento al tutto di cui fanno parte: correlazione e riferimento, che rendono possibile la reciproca illuminazione di significato fra il tutto e gli elementi costitutivi» (E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), rist. in Riv. it. sc. giur., 5, 2014, 23). In questa prospettiva, come abbiamo già evidenziato, la Costituzione restituisce disposizioni che esprimono norme nelle quali è riflesso non soltanto il valore del rispetto della persona e dei diritti fondamentali (che informa in massima parte principi come il finalismo rieducativo) ma anche istanze di sicurezza sociale e in grado di legittimare istituti punitivi dall'alto tasso di afflittività: lo stesso potere punitivo espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost.,

riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.²⁰⁹.

Il che consente di dare unità a questa declinazione della normazione penale anche alla luce di istituti quali ad esempio l'ergastolo ostativo²¹⁰ o le pene pecuniarie²¹¹, strutture normative che prese di per sé, di fronte a un'idea della sanzione penale innervata da un'esclusiva e totalizzante funzione rieducativa, dovrebbero essere considerate radicalmente illegittime. Strutture normative che si legittimano invece proprio alla luce dell'idea di un potere punitivo che dispone sanzioni strettamente e chiaramente orientate a scopi retributivi e generalpreventivi²¹². Tant'è che la stessa Corte costituzionale, tenendo peraltro presente i travagliati lavori in Assemblea costituente²¹³, ha da tempo affermato che proprio il passo che dispone

amplissimo quanto al *se* e al *come* del suo esercizio, non è che un riflesso delle seconde; come pure le potenzialità semantiche e dunque normative sottese alla scelta del verbo «tendere» di cui all'art. 27, terzo comma. In definitiva, posto che neppure le disposizioni costituzionali «parlano da sole» – anche se la disposizione non è neppure «muta», visto che pone un campo semantico che limita e conforma le possibilità di ascrizione di significati – solidi argomenti di sistematica ermeneutica depongono a sfavore di una preminenza normativa da ascrivere alla funzione rieducativa delle pene rispetto ad altre che con la stessa possono concorrere, alla luce di un suo supposto essere «espressamente» prevista dal testo costituzionale.

²⁰⁹ Osservava tempo fa C.F. GROSSO, *Funzione rieducativa della pena e pene pecuniarie*, in *Studi urbinati*, 17, 1965, 144 come proprio il fatto che l'art. 27, terzo comma, Cost. disponga sia il divieto di pene contrarie al senso di umanità sia il riferimento alla finalità rieducativa potesse essere individuato come solido argomento a sostegno della lettura del carattere retributivo della sanzione penale: «Una pena improntata al solo principio del recupero sociale non può, per la sua stessa natura, concretarsi in un trattamento disumano, mentre questo bene può caratterizzare una sanzione intesa come punizione; la circostanza che il costituente si sia preoccupato di enunciare solennemente la regola predetta è di conseguenza una riprova del fatto che esso operava sul presupposto che la pena avesse un carattere pur sempre punitivo-retributivo». L'autore citato traeva da questo e altri argomenti la conclusione per cui il tratto rieducativo della sanzione si sarebbe configurato come subordinato rispetto a quello retributivo, giungendo a giustificare la legittimità costituzionale delle pene pecuniarie e di «ogni altra eventuale pena, pure detentiva, che per la sua natura od entità non sia in grado di operare come emenda». In questa prospettiva, la rieducazione si configurerebbe infatti come dover essere costituzionale da implementare per via legislativa «quando ciò sia possibile» (ivi, 145 ss.).

²¹⁰ Che questo racchiuda una funzione rieducativa è infatti assai poco plausibile, potendosi al più notare come il fatto che la Corte costituzionale abbia progressivamente espunto dall'ordinamento le presunzioni assolute su cui la disciplina dell'ostatività si fondava è funzionale a dischiudere prospettive di risocializzazione che, tuttavia, implicano esattamente il superamento dei presupposti della condizione stessa di ostatività.

²¹¹ La Corte costituzionale ha da tempo osservato che non può essere aprioristicamente escluso che la pena pecuniaria possa in qualche modo «adempiere a una funzione rieducativa» (sentenza n. 12 del 1966; vedi anche la sentenza n. 113 del 1968); il che non significa che questa funzionalizzazione sia comparabile a quella propria delle pene detentive, dal momento che «assume spessore diverso a seconda delle connotazioni oggettive del tipo di sanzione» (sentenza n. 233 del 2018, punto 11.2 del *Considerato in diritto*).

²¹² Paradigmatico, del resto, l'esempio della legislazione di contrasto alla mafia, dove funzioni altre dalla rieducazione raggiungono il proprio acme, e senza per questo necessariamente sfociare in illegittimità costituzionali. Pensiamo ad esempio alla sentenza n. 122 del 2017 (rel. Modugno) in tema di divieto, imposto ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis ord. pen., di ricevere libri e riviste fuori dai canali predisposti dall'amministrazione penitenziaria.

²¹³ «... risulta chiaramente che il legislatore costituente, pur segnando i limiti e le finalità di cui all'art. 27, terzo comma, non intese prendere posizione sul problema generale della funzione della pena, né, tanto meno, pronunciarsi per l'uno o per l'altro dei vari orientamenti della dottrina; ma

che le sanzioni penali «devono tendere alla rieducazione», «nel suo significato letterale e logico, sta ad indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla... là dove la pena, per la sua natura ed entità, si presti a tal fine»²¹⁴. E non a caso, anche più di recente – e in maniera assai significativa – la Corte ha sottolineato che, in caso di previsione di una pena pecuniaria congiunta a pena detentiva, «non può ritenersi incongrua la scelta di assegnare primariamente a quest'ultima – dando rilievo all'unitarietà del trattamento sanzionatorio complessivamente predisposto dal legislatore – il compito di realizzare la funzione rieducativa»²¹⁵. Il che vale a dire che le sanzioni penali sono connotate da un'intrinseca polifunzionalità: né più né meno.

Questa dunque la cornice dei limiti generali all'esercizio del potere legislativo nel definire le pene comminabili dal giudice.

A questo punto possiamo accennare²¹⁶ alle varie forme che le pene assumono, osservando come la riserva di legge rappresenti effettivamente il principale ostacolo a interventi della Corte costituzionale anche su questa dorsale. Ciò che è infatti interessante osservare è come, pur con accenti diversi a seconda delle pene sotto giudizio, la Corte continui a sottolineare la necessità di rispettare le scelte legislative in materia nonostante esse si accompagnino a una fortissima incidenza sui diritti fondamentali.

Chiaramente, questo non vale per la pena di morte, che peraltro a partire dal 2007 è espressamente vietata dalla Costituzione in ogni sua possibile forma, anche «nei casi previsti dalle leggi militari di guerra»²¹⁷: pleonastico sottolineare che qui una questione di discrezionalità neppure si pone. Così come non si pone neanche rispetto a ipotetiche pene corporali, il cui valido ingresso nell'ordinamento giuridico italiano è impedito già a monte dal divieto di pene contrarie al senso di umanità²¹⁸. Il fatto che si tratti di divieti ci dice che la loro violazione si traduce in

volle anzi proprio evitare che ciò avvenisse, sino al punto che ebbe perfino a manifestarsi la preoccupazione che formule imprecise potessero dare l'apparenza del contrario» (così, la già citata sentenza n. 12 del 1966).

²¹⁴ *Ibidem*. In questa pronuncia la Corte ebbe modo di affermare che proprio il passo che dispone che le sanzioni penali «devono tendere» alla rieducazione, «nel suo significato letterale e logico, sta ad indicare unicamente l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira, nel sistema penale, la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei a realizzarla», nel caso in cui le sanzioni individuate vi si prestino. Nella stessa pronuncia si legge non a caso che in Costituente si volle dare all'ideale della rieducazione la forma di un principio costituzionale, «senza con ciò negare la esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni idonee a realizzare tale finalità. E ciò, evidentemente, *in considerazione delle altre funzioni della pena che, al di là della prospettiva del miglioramento del reo, sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico contro la delinquenza, e da cui dipende la esistenza stessa della vita sociale*» (enfasi nostra).

²¹⁵ Così la già richiamata sentenza n. 233 del 2018, punto 11.2 del *Considerato in diritto*.

²¹⁶ Rinviamo infatti per il momento l'analisi più puntuale di come la Corte costituzionale ha tratteggiato la discrezionalità legislativa in materia lungo i decenni.

²¹⁷ Che era l'ipotesi lasciata in piedi dalla Costituzione con la precisazione di cui all'art. 27, quarto comma, poi soppressa dall'art. 1 legge cost. n. 1 del 2007 («Modifica all'articolo 27 della Costituzione, concernente l'abolizione della pena di morte»).

²¹⁸ Come osserva V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, 213 ss., che sottolinea il «radicale contrasto con i principi costituzionali» di proposte legislative

un vizio di violazione diretta della Costituzione, non implicando il ricorso al canone della ragionevolezza per valutarne la compatibilità. Diverso invece il discorso per le altre tipologie di pena.

Muovendo da quelle detentive, la più problematica di fronte ai principi costituzionali è senza dubbio l'ergastolo²¹⁹, se non altro per l'apparente, frontale contrasto con l'ideale rieducativo ove si abbia a mente l'idea di una pena perpetua. Eppure, quasi per una sorta di paradosso, non soltanto l'ergastolo è una pena in astratto legittima in un contesto costituzionale in cui il finalismo rieducativo svetta fra le strutture normative del diritto costituzionale penale, ma lo è proprio nella misura in cui in concreto *può* non risultare una pena perpetua. Tant'è che si tratta di una legittimità agganciata alla possibile operatività dell'istituto della liberazione condizionale²²⁰.

Se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, vale evidentemente la proposizione reciproca, secondo cui detta pena contrasta con la Costituzione ove, sia pure attraverso il passaggio per uno o più esperimenti negativi, fosse totalmente preclusa, in via assoluta, la riammissione del condannato alla liberazione condizionale²²¹.

Il che rende perfettamente chiaro quanto grave sia la tensione che una disciplina come quella dell'ergastolo cosiddetto ostativo²²² – ostativo rispetto alla possibilità di accedere ai benefici penitenziari e alla stessa liberazione condizionale – ingenera rispetto alla legalità costituzionale. E tuttavia, nonostante la chiara frizione di questa modulazione ancora più rigida e severa della pena perpetua con vari principi espressi dalla Carta del 1947, la Corte costituzionale non è mai giunta a rilevarne un'illegittimità a monte. La presunzione assoluta di pericolosità sociale del

come quella che mira a introdurre la cosiddetta 'castrazione chimica' come pena per gli autori di alcuni reati sessuali, più volte avanzata nel dibattito pubblico come nelle aule parlamentari.

²¹⁹ «La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno. Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto» (art. 22 cod. pen.).

²²⁰ Sentenza n. 264 del 1974.

²²¹ Sentenza n. 161 del 1997, punto 6 del *Considerato in diritto*.

²²² La sua disciplina risale alla legislazione emergenziale degli anni Novanta, adottata in reazione alle stragi di mafia: l'art. 4-bis ord. pen. viene infatti introdotto nel corpo della legge n. 354 del 1975 con il decreto-legge n. 152 del 1991 (convertito con legge n. 203 del 1991). In origine, per i condannati per delitti gravissimi di terrorismo, eversione dell'ordinamento costituzionale e associazione e contesto mafioso, l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione erano accessibili solo a seguito dell'acquisizione di «elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata o eversiva». Dopo le modifiche apportate dal decreto-legge n. 306 del 1992 (convertito con legge n. 356 del 1992) il requisito di cui sopra è confluito nel comma 1-bis, mentre nel primo comma, integralmente riformato, si è previsto che tali condannati non possano essere ammessi ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione salvo collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen. Va ricordato che sia il decreto-legge n. 152 del 1991 che il decreto-legge n. 306 del 1992 hanno equiparato l'accesso alla liberazione condizionale a quello previsto per gli altri benefici penitenziari.

condannato fatta discendere dal suo non collaborare con la giustizia²²³ ha infatti retto, come si vedrà, fino alla giurisprudenza – decisamente più garantista – degli anni recenti²²⁴.

Questa conservazione della discrezionalità legislativa anche in ipotesi di così grave incidenza sui diritti fondamentali riflette un apprendimento giurisprudenziale già osservato in relazione alla discrezionalità sulla fattispecie: è la difficilmente sindacabile ampiezza delle prerogative valutative spettanti al legislatore dinanzi alle forme del reale alle quali si aggancia la decisione normativa. Il legislatore, e non il giudice, «confronta, nel valutarle, le diverse fattispecie in relazione al complesso sistema di valori ed interessi che intende tutelare, alla gerarchia dei predetti ed alla realtà, di fatto, normale od eccezionale nella quale, con maggiore o minore frequenza, con diverse modalità e, pertanto, con diversa incidenza sociale, le fattispecie stesse si realizzano», tenendo conto anche della «normalità» o dell'«eccezionalità» del contesto in cui si trova a decidere²²⁵. Si ha dunque un'espansione delle prerogative del potere di normazione penale in corrispondenza di contesti emergenziali – o comunque di situazioni in grado di legittimarsi come tali – in una logica di funzionamento che, se si vuole, ricorda un movimento a fisarmonica. Una logica – ancora una volta – in gran parte figlia dell'attribuzione dell'indirizzo politico in materia al potere legislativo attraverso la riserva di legge. Una logica che peraltro spiega come sia stato possibile non ritenere in radicale contrasto con la Costituzione declinazioni del potere di punire fra le più afflittive, come il cosiddetto 'carcere duro' di cui all'art. 41-bis ord. pen.²²⁶.

²²³ Già qualche anno prima della svolta marcatamente garantista della Corte costituzionale anche rispetto all'ergastolo ostativo, che comincia con la sentenza n. 253 del 2019 sull'accesso ai permessi premio, l'insostenibilità costituzionale del carattere assoluto della presunzione era stata sottolineata da L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015.

²²⁴ Ancora nella sentenza n. 135 del 2003 (che sarebbe stata appunto superata soltanto dalla giurisprudenza successiva alla decisione n. 253 del 2019) la Corte costituzionale rigettava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, primo comma, primo periodo, ord. pen., prospettata nella parte in cui in assenza di collaborazione con la giustizia ex art. 58-ter ord. pen. impediva l'ammissione alla liberazione condizionale in maniera decisamente *tranchante*. Si escludeva infatti che la preclusione fosse conseguenza automatica derivante dalla norma sotto giudizio, risultando piuttosto una conseguenza della scelta della persona condannata di non collaborare, «pur essendo nelle condizioni per farlo»: dunque, chiosava la Corte, «tale disciplina non preclude pertanto in maniera assoluta l'ammissione al beneficio, in quanto al condannato è comunque data la possibilità di cambiare la propria scelta» (punto 4 del *Considerato in diritto*). A distanza di poco più di quindici anni, come si vedrà, i giudici di Palazzo della Consulta sconfesseranno in radice la tenuta di quest'argomento.

²²⁵ Così, la già citata sentenza n. 181 del 1986, punto 6 del *Considerato in diritto*.

²²⁶ Invero, alcune pronunce d'illegittimità costituzionale sono arrivate per lo più in anni recenti. E così con la pronuncia n. 143 del 2013 (rel. Frigo) sono state dichiarate illegittime le restrizioni ai colloqui difensivi, con la n. 97 del 2020 (rel. Zanon) il divieto di scambio assoluto di oggetti fra detenuti appartenenti allo stesso «gruppo di socialità», con la n. 18 del 2022 (rel. Viganò) la censura sulla corrispondenza con il difensore, oltre alla n. 180 del 2018 (rel. Zanon) in cui a essere dichiarato illegittimo è stato il divieto di cottura dei cibi, nella quale la Corte costituzionale ha affermato che «non si tratta di affermare, né per i detenuti comuni, né per quelli assegnati al regime differenziato, l'esistenza di un "diritto fondamentale a cuocere i cibi nella propria cella"», bensì «di riconoscere che anche chi si trova ristretto secondo le modalità dell'art. 41-bis ordin. penit. deve conservare la possibilità di accedere a piccoli gesti di normalità quotidiana, tanto più preziosi in quanto costituenti

Un radicale contrasto con la Costituzione è stato invece rilevato, sebbene soltanto a metà anni Novanta, in relazione all'ergastolo comminabile ai minori²²⁷.

Un discorso differente da quello sull'ergastolo deve essere invece fatto per altre pene detentive come la reclusione²²⁸ e l'arresto²²⁹.

Qui l'esercizio di discrezionalità si dispiega molto più vicino al limite posto dalla legalità costituzionale quando ad esempio il legislatore opta per pene fisse, rispetto alle quali si arriva quasi a una sorta di presunzione d'illegittimità, con l'affermazione da parte della Corte di un'esigenza di proporzione nel tratteggiare le sanzioni in astratto²³⁰.

E proprio questa centralità della necessità costituzionale di una proporzione nella compressione dei diritti fondamentali attraverso le scelte sanzionatorie²³¹ spiega

gli ultimi residui in cui può espandersi la sua libertà individuale» (punto 4.5 del *Considerato in diritto*). Per converso, con la sentenza n. 122 del 2017 (rel. Modugno) la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità relativa al divieto di ricevere libri e riviste fuori dai canali predisposti dall'amministrazione penitenziaria, alla luce dell'assenza di «una compromissione costituzionalmente apprezzabile dei diritti in questione» (punto 5 del *Considerato in diritto*). In letteratura si è detto che la lente del giuspenalismo liberale affermata da Verri e Beccaria in poi sarebbe insufficiente per leggere compiutamente, nella loro complessità, i sussulti del reale che portano il pubblico potere a una reazione così violenta sul piano ordinamentale, perché la situazione determinata dal dispiegarsi del fenomeno mafioso non si limita al conflitto fra *antropos* e *macroantropos*, fra individuo e autorità statuale, «ma tra due istituzioni, entrambe dotate di uomini, mezzi, codici»; un conflitto la cui grandezza «non può essere sottovalutata nel giudicare il senso di un regime carcerario che, giustamente, ripugna alla coscienza giuridica più garantista, pur nella dolorosa consapevolezza che sono sempre gli individui ad essere travolti dai conflitti fra simili istituzioni». Così, A. LONGO, «*Est modus in rebus*». *Modalità e contesto nella compressione dei diritti fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2017, 20 ss. Decisamente più radicale sul piano dell'incompatibilità di questo regime penitenziario con la Costituzione è la posizione di A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in F. Corleone e Id. (a cura di), *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2016, 193 ss., di cui si veda inoltre, fra i vari interventi in tema, *Torniamo alla legalità: aboliamo il 41bis*, in *il Riformista*, 14 agosto 2020, anche in *disCrimen*, 7 settembre 2020, 1 ss.

²²⁷ Conclusione maturata alla luce dell'argomento per cui la funzione rieducativa della pena «per i soggetti minori di età è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente, per cui si manifesta un insanabile contrasto fra essa e le norme denunciate», non rimediabile neppure alla luce degli istituti che rendono l'ergastolo legittimo per imputati maggiori di età, perché la caratterizzazione pure in potenza più 'mite' che gli conferiscono «si rivela inadeguata una volta che si abbia riguardo alla prospettiva della spiccata protezione del minore quale espressa nell'art. 31, secondo comma, della Costituzione, principio la cui compresenza nell'ambito dei precetti costituzionali impone un mutamento di segno al principio rieducativo immanente alla pena, attribuendo a quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca della propria identità, una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione del suo inserimento maturo nel consorzio sociale.» (sentenza n. 168 del 1994, punto 5.1 del *Considerato in diritto*).

²²⁸ «La pena della reclusione si estende da quindici giorni a ventiquattro anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno» (art. 23, primo comma, cod. pen.).

²²⁹ «La pena dell'arresto si estende da cinque giorni a tre anni, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati o in sezioni speciali degli stabilimenti di reclusione, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno» (art. 25, primo comma, cod. pen.).

²³⁰ Si veda, su tutte, l'importante sentenza n. 50 del 1980, punto 3 del *Considerato in diritto*. Si tratta di un punto su cui torneremo comunque più ampiamente *infra*.

²³¹ Afferma la Corte nella sentenza n. 409 del 1989 che il principio di proporzionalità, «valido per

perché, a differenza di quanto avviene con le pene fisse, il legislatore goda in teoria di molta più libertà nel tratteggiare sanzioni in forma di cornici edittali: la latitudine valutativa assicurata al giudice nell'individuazione della pena in concreto consente, in questo caso, di attenuare notevolmente i rischi d'incostituzionalità delle pene previste in astratto²³².

In questi casi il punto di tensione più critico con la legalità costituzionale è forse quello rappresentato dall'ipotesi di minimi elevati, che non consentono al giudice un'adeguata individualizzazione della pena. Altre frizioni con la Costituzione fra le più comuni in materia si legano invece alla possibile violazione del principio di eguaglianza nel giudizio comparativo fra pene previste per fattispecie differenti. Si tratta di due ipotesi diverse: la prima afferisce al rapporto della sanzione con la fattispecie su cui si innesta; la seconda a un più ampio discorso di razionalità complessiva del tessuto legislativo.

Quanto ai minimi edittali troppo elevati, la Corte costituzionale ha iniziato a intervenire in maniera decisa sulle norme che li prevedono per lo più negli ultimi anni, il che non deve affatto stupire: un giudizio del genere, che pure può poggiare su una comparazione con altre fattispecie, è strutturalmente imperniato intorno a una sanzione che appare grave in sé e per sé, implicando valutazioni che vanno facilmente al di là dell'eventuale *tertium comparationis* individuato²³³.

l'intero diritto pubblico», in campo penale «equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni» (punto 2 del *Considerato in diritto*).

²³² È non a caso pacifico l'apprendimento giurisprudenziale per cui il legislatore può assimilare sul piano della risposta punitiva più sotto-fattispecie anche nel caso in cui si differenzino per struttura e disvalore, in quanto in simili ipotesi spetta al giudice il compito di svelare la differenza fra di esse attraverso l'individuazione della pena da comminare in concreto all'interno della cornice edittale (sentenze n. 171 del 1986 e n. 285 del 1991 e ordinanze n. 145 del 1998 e n. 158 del 2004).

²³³ L'unica sentenza davvero di rilievo fra quelle antecedenti alla giurisprudenza degli ultimi anni è la n. 341 del 1994, con la quale la Corte costituzionale giunge alla declaratoria d'illegittimità del minimo edittale di sei mesi di reclusione previsto per il reato di oltraggio (art. 341 cod. pen.). Sono l'argomento comparativo, quello della tradizione legislativa nazionale ed europea oltre a quello del mutamento del rapporto fra amministrazione e società (che con la Costituzione passa da «rapporto d'imperio» a «rapporto strumentale alla cura degli interessi» della società) che portano la Corte a rilevare la manifesta irragionevolezza del bilanciamento fra la tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale oltre che del buon andamento dell'amministrazione da un lato e libertà personale del soggetto agente dall'altro. Tant'è che la comparazione con la cornice edittale prevista per il reato d'ingiuria (art. 594 cod. pen.) arriva solamente dopo il rilievo della manifesta irragionevolezza del minimo previsto per l'oltraggio, il cui minimo edittale tanto elevato è definito dalla Corte «il prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini tipica di quell'epoca storica e discendente dalla matrice ideologica allora dominante» (punto 3 del *Considerato in diritto*). Com'è chiaro, l'affermazione dell'illegittimità costituzionale giunge a seguito di un giudizio né più né meno che diadico. Già M. LUCIANI, *Una legislazione penale più coerente*, in *Giur. cost.*, 1996, 371 aveva individuato l'aspetto più interessante di questa pronuncia nell'utilizzo dell'art. 27 Cost. come parametro di legittimità perché, «appoggiandosi su questa base... il giudice costituzionale esercita un controllo interno sulle finalità del trattamento sanzionatorio, che appare potenzialmente più forte ed incisivo di quello esterno condotto sulla ragionevolezza delle scelte in forza dell'art. 3 Cost.». E del resto non è un caso che riferendosi alla sentenza n. 236 del 2016, autentico punto di svolta della giurisprudenza costituzionale degli ultimi

Quanto alla violazione del principio di eguaglianza, la Corte è invece intervenuta anche in passato – seppure in misura senza dubbio più contenuta rispetto agli anni recenti – dichiarando illegittimità costituzionali o alla luce dell’irragionevole equiparazione sanzionatoria di fattispecie disomogenee sul piano degli elementi soggettivi e oggettivi con cui erano state costruite²³⁴, o alla luce dell’irragionevole differenziazione sanzionatoria di fattispecie di reato ritenute appunto insuscettibili di essere differenziate sotto questo profilo²³⁵. In ogni caso anche la conduzione di

anni in tema di proporzione sanzionatoria in cui la Corte conduce un giudizio secondo uno schema diadico, sia stato detto che la novità portata da questa pronuncia sarebbe più modestamente limitata all’«aver esplicitato e portato a compimento un tipo di scrutinio che la Corte, di fatto, aveva già sperimentato» (S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 25, 93).

²³⁴ E così è ad esempio capitato che la Corte rigettasse questioni di questo tipo alla luce dell’argomento per cui nonostante il limite della discrezionalità legislativa posto dalla ragionevolezza, «è altrettanto vero che il giudizio su quest’ultima non può dipendere da astratte simmetrie né da valutazioni tecnico-politiche su quella congruità, bensì va ricondotto in modo unitario allo scopo che la legge si prefigge di raggiungere», unito alla possibilità per il giudice di individualizzare la sanzione attraverso l’applicazione di attenuanti generiche o l’aumento dell’ammenda sino al triplo in caso di inefficacia di una sua applicazione nel massimo (sentenza n. 164 del 1971, punto 2 del *Considerato in diritto*). O ancora, la Corte ha rigettato la questione relativa all’equiparazione sanzionatoria delle varie ipotesi di violazione dell’art. 650 cod. pen. («Inosservanza dei provvedimenti dell’Autorità») alla luce dell’argomento per cui beni come la tranquillità e l’ordine pubblico «possono bensì venir offesi in infiniti modi, ma rimangono pur sempre gli stessi, come è uguale in tutti i casi la condotta del perturbatore» e di quello ulteriore per cui i limiti di pena (dal minimo rappresentato dall’ammenda al massimo dei tre mesi di arresto) «consento al giudice un ampio margine di discrezionalità»: si noti come l’opzione legislativa venga ritenuta legittima alla luce di un’adeguata estensione della latitudine valutativa del giudice (su cui si veda pure l’ancor più risalente sentenza n. 95 del 1967). Ma su questo fronte sono giunti anche in anni non recenti significativi accoglimenti, argomentati dalla mancanza di «ogni elemento logico che possa spiegare il fondamento giuridico e razionale» della normativa censurata anche alla luce di una comparazione con fattispecie di reato attigue (sentenza n. 218 del 1974, dove la Corte, accogliendo, opta per il vuoto legislativo) o dal rilievo del *cleavage* per cui all’inosservanza di divieti dall’«indubbio carattere contravvenzionale» si è accompagnata la previsione di una tutela penale nelle forme del delitto (sentenza n. 176 del 1976, punto 3 del *Considerato in diritto*: qui si trattava di un delitto punito con la sola multa, ma le argomentazioni sono ovviamente valide anche in relazione a pene detentive). Illuminante sul punto è pure la sentenza n. 26 del 1979 in tema di omicidio tentato contro un superiore di cui all’art. 186, primo comma, cod. pen. mil. di pace, che sebbene in tema di ergastolo contiene indicazioni valide anche per il giudizio di eguaglianza relativo ad altre tipologie sanzionatorie. Con la sentenza in questione la Corte ha dichiarato illegittima la pena dell’ergastolo prevista nel caso di omicidio tentato contro un superiore per l’irragionevole equiparazione con la pena prevista nel caso di insubordinazione configurata attraverso l’omicidio commesso. Fra gli indici che portano la Corte a rilevare l’irragionevolezza v’è l’incomparabile diversità dei valori in gioco (vita o integrità fisica del superiore da un lato, disciplina militare dall’altro) la differenziazione operata invece dal tessuto legislativo in caso di violenza contro l’inferiore dove i valori in gioco sono analoghi nonché, sebbene non assuma forse ruolo decisivo, il carattere di eccezionalità che l’assimilazione *quoad poenam* del tentativo alla consumazione reca con sé nel diritto penale italiano.

²³⁵ La Corte ha dunque accolto questioni di questo tipo ad esempio in ipotesi di differenziazione sanzionatoria relativa a condotte sostanzialmente identiche (sentenza n. 287 del 2001 in tema di reati elettorali) in cui era prevista una «notevole diversità» sanzionatoria fra delitti che «ledono, con modalità oggettive analoghe, uno stesso interesse» (sentenza n. 409 del 1989, in tema di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza, punito con la reclusione da due a quattro anni a fronte del rifiuto senza l’adduzione di alcun motivo, punita con la reclusione da sei mesi a due anni) o in cui

questo tipo di sindacato è stata da sempre caratterizzata da una grande cautela, tant'è che pronunce di tipo sostitutivo – molto diffuse invece nella giurisprudenza più recente – hanno cominciato a farsi largo soltanto a fine anni Ottanta e sempre in dichiarata consonanza con la logica delle rime obbligate²³⁶.

In ogni caso, entrambe queste ipotesi critiche chiamano in causa il nesso esistente fra la sanzione e il precetto; ciò che cambia sono gli indici alla luce dei quali le valutazioni nel giudizio costituzionale vengono condotte, maggiormente imperniate attorno a indici di tipo per così dire sostanzialistico, più prossimi alle declinazioni dell'offensività della condotta punita nel primo caso, e maggiormente legati alla comparazione fra gli elementi delle fattispecie nell'altro.

Peraltro, molto di quanto detto in relazione alle pene detentive è valido anche per le pene pecuniarie, rispetto alle quali la Corte costituzionale ha escluso da lungo tempo la loro potenziale incompatibilità con l'ideale rieducativo²³⁷. Anche qui, l'ampia discrezionalità legislativa incontra il limite della manifesta sproporzione. E tuttavia, va pure detto che mentre la pena detentiva si connota per una capacità di applicazione d'impronta egualitaria, incidendo sulla libertà personale, «bene primario posseduto da ogni essere vivente, a prescindere dalle diverse possibilità di godimento», quella pecuniaria no, perché incide sul patrimonio ed è quindi portatrice di «una disuguale afflittività e al limite, dell'impossibilità di applicarla, in funzione delle diverse condizioni economiche dei soggetti condannati». Di conseguenza, questo tipo di sanzione implica la necessità di «rimedi, atti a salvaguardare l'efficacia e la concreta uguaglianza dell'effetto della pena pecuniaria, mediante meccanismi d'adeguamento alle concrete condizioni economiche dei condannati» e volti dunque a garantire l'eguaglianza sostanziale di fronte alla pena²³⁸.

Vero è che la pena pecuniaria continua a presentarsi nell'ordinamento italiano come mero «surrogato» a cui ricorrere in ipotesi residuali, «in un universo sanzionatorio

venivano «comminate, per fatti meno gravi, sanzioni più severe di quelle previste per violazioni considerate dalla stessa legge di maggiore gravità» (sentenza n. 103 del 1982 in tema di insubordinazione, punto 7 del *Considerato in diritto*, che rappresenta il seguito della sentenza n. 26 del 1979 riguardando le ipotesi di lesioni gravissime o gravi in danno di superiore ufficiale, lasciate in piedi da quest'ultima pronuncia alla luce di un'auto-limitazione della Corte; nello stesso senso, sempre in tema di reati militari, si vedano le sentenze n. 102 del 1985 e n. 49 del 1989) o, ancora, per rimediare a vizi di ragionevolezza determinati da precedenti pronunce (sentenza n. 173 del 1984, che elimina una disuguaglianza sorta in conseguenza della già citata sentenza n. 103 del 1982; si veda pure la sentenza n. 382 del 1997, che s'innesta invece sulla mancanza di equilibrio nel tessuto legislativo determinata dalla precedente sentenza n. 409 del 1989).

²³⁶ La sentenza n. 409 del 1989 è, a quanto consta a chi scrive, la prima decisione in cui la Corte pronuncia un dispositivo di tipo sostitutivo, che implica appunto la sostituzione della cornice edittale prevista dalla norma oggetto di giudizio con quella del *tertium comparationis*. La giustificazione è interessante, poiché il Giudice delle Leggi sostiene che, così operando, «non fa che vincolatamente attuare, anche per il fatto di cui al ricordato secondo comma dell'art. 8, la valutazione che il legislatore opera in ordine al disvalore dello stesso (od analogo) fatto di cui all'art. 151 c.p.m.p.» (punto 6 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri). Sulla questione torneremo comunque più compiutamente *infra*.

²³⁷ Sentenza n. 12 del 1966, in cui la Corte non esclude che simili pene possano in qualche modo assolvere a una funzione rieducativa.

²³⁸ Sentenze n. 131 del 1979 e n. 28 del 2022.

che appare ancora largamente “carcerocentrico”²³⁹, un surrogato peraltro notoriamente affetto da gravi problemi di effettività sul piano della riscossione²⁴⁰.

3.3. Gli altri istituti della punibilità.

Come anticipavamo, la riserva di legge penale copre non soltanto le scelte di criminalizzazione, con la definizione delle fattispecie, e le scelte sanzionatorie, con l’individuazione delle pene, ma comprende ogni altro istituto in grado di «incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità»²⁴¹. Fra questi istituti rientra un’ampia gamma di forme normative che, in vario modo, ricadono entro i confini dell’ampia discrezionalità legislativa in materia. E questa capacità d’incidenza *in peius* sulla sfera giuridica della persona alla luce dell’esercizio del potere punitivo è l’elemento che nella giurisprudenza costituzionale funge da indice discrezionale per stabilire se una certa norma sia espressiva o meno della legalità penale di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.: «Ogni aggravamento di pena - o inasprimento della disciplina sostanziale che attenga alla punibilità - è infatti rimesso alla ragionevole ponderazione degli interessi in gioco che spetta al Parlamento effettuare»²⁴². E rientrano senz’altro, fra questi tipi normativi, gli «istituti che possono incidere sulla determinazione in concreto della sanzione da applicare»²⁴³.

Un tipico esempio è rappresentato dalle circostanze del reato, nelle loro varie declinazioni²⁴⁴. Qui la discrezionalità del legislatore può dispiegarsi fino ai limiti della manifesta irragionevolezza e dell’arbitrio anche sul piano della disciplina del

²³⁹ V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali*, cit., 222. Fra gli altri, di recente ha sottolineato lo scarto fra essere e dover essere costituzionale alla luce di un’esperienza in cui il carcere non è affatto l’*extrema ratio* G.M. FLICK, *Carcere, violenza e “residui di libertà”*, in *Riv. AIC*, 1, 2024, 143 s.

²⁴⁰ L. GOISIS, *La pena pecuniaria nella riforma Cartabia. Luci ed ombre*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023, 34. Si tratta di problemi cui sembra aver cercato di provvedere il legislatore con il d.lgs. n. 150 del 2022 (cosiddetta ‘riforma Cartabia’) superando l’impostazione civilistica di una procedura di riscossione decisamente complessa, quasi «una sorta di condanna per lo Stato, costretto a inseguire i condannati-creditori» (relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, consultabile in G.U., supplemento straordinario n. 5, serie generale n. 245, 19 ottobre 2022, 434). Così, la riforma scinde le ipotesi di insolvenza, nelle quali il condannato pur potendo non far fronte alla pena pecuniaria, da cui deriva la conversione in semilibertà sostitutiva, e le ipotesi d’insolvibilità, che implicano invece l’impossibilità economica di far fronte alla pena, da cui deriva la conversione nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo o nella detenzione domiciliare sostitutiva. Rimane comunque sullo sfondo l’immagine di una pena dai tratti contraddittori, pur rientrando nei confini della discrezionalità legislativa: una sanzione sospesa fra l’esser «assai proficua per lo stato e priva degli effetti dannosi del carcere» e il suo essere «intrinsecamente diseguale» (così ancora L. GOISIS, *La pena pecuniaria nella riforma Cartabia*, cit., 32 ss.).

²⁴¹ Sentenza n. 364 del 2006, punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

²⁴² Sentenza n. 455 del 1998, punto 4 del *Considerato in diritto*.

²⁴³ Sentenza n. 62 del 2021, punto 5.3 del *Considerato in diritto*.

²⁴⁴ Infatti, sebbene non sia decisiva ai fini della configurazione del reato, ciò che connota la circostanza è «il fatto che essa determina di regola una maggiore o minore gravità del reato e in ogni caso una modificazione (aggravamento o attenuazione) della pena» (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 372).

loro concorso, potendo di conseguenza legittimare deroghe all'ordinario regime del bilanciamento fra di esse²⁴⁵, col limite – fra gli altri – del divieto di generare «un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale»²⁴⁶ e della proporzionalità sanzionatoria²⁴⁷. Discrezionalità che investe dunque pure la possibilità di differenziare il trattamento normativo nella peculiare ipotesi della recidiva²⁴⁸.

Altre scelte che rientrano nel campo della legalità penale sono ad esempio istituti come il reato continuato²⁴⁹, la previsione di soglie di punibilità per certi reati²⁵⁰ e,

²⁴⁵ Sentenza n. 251 del 2012, punto 4 del *Considerato in diritto*. Se infatti nell'art. 69 cod. pen. «l'obbligatorietà del giudizio di bilanciamento ha una sua razionalità nell'essenza stessa di quella valutazione, che è giudizio di valore globale del fatto e non numerico delle circostanze contrapposte e concorrenti» (sentenza n. 38 del 1985, punto 1 del *Considerato in diritto*) d'altro canto la sospensione dell'applicazione della norma è una prerogativa del legislatore, che così sottrae al giudice il potere di bilanciare a compensazione delle aggravanti o a favore delle attenuanti; una limitazione «che in sé non è illegittima, ma non può accompagnarsi anche alla irrilevanza ex lege delle circostanze attenuanti», e dunque, pur con questo *caveat*, «si è quindi riconosciuto che appartiene alla discrezionalità del legislatore introdurre speciali ipotesi di circostanze aggravanti privilegiate che sono sottratte al bilanciamento di cui all'art. 69 cod. pen.» (sentenza n. 88 del 2019, punto 8 del *Considerato in diritto*).

²⁴⁶ Sentenza n. 251 del 2012, punto 4 del *Considerato in diritto*. È ad esempio su queste basi che la Corte ha pronunciato una sentenza interpretativa di rigetto della questione relativa all'art. 116 cod. pen. («Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti») la cui legittimità è stata fatta derivare dal fatto che l'ascrizione di responsabilità richieda oltre a un rapporto di causalità materiale anche «un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza» (sentenza n. 42 del 1965).

²⁴⁷ Sentenza n. 68 del 2012, punto 5 del *Considerato in diritto*.

²⁴⁸ La Corte precisa ovviamente che «la legittimità, in via generale, di trattamenti differenziati per il recidivo... non sottrae allo scrutinio di legittimità costituzionale le singole previsioni» (sentenza n. 251 del 2012, punto 6 del *Considerato in diritto*). Si vedano pure, in tema, le pronunce n. 105 e n. 106 del 2014, nelle quali la Corte costituzionale giunge alla declaratoria d'illegittimità costituzionale di due distinti divieti di prevalenza di attenuanti in caso di recidiva in riferimento a ipotesi di ricettazione e violenza sessuale.

²⁴⁹ La Corte, pur sottolineando il carattere dell'istituto incentrato essenzialmente sul *favor rei* (sentenze n. 217 del 1972 e n. 108 del 1973) in quanto funzionale ad attenuare l'asprezza sanzionatoria del concorso materiale di reati, ha affermato che «il legislatore non viene a trovarsi affatto vincolato ad adottare sempre e comunque un trattamento più favorevole al reo. Il che significa, al tempo stesso, che il legislatore resta libero di considerare il reato continuato ora come un tutto unitario ora come una pluralità scomponibile di reati, salvo il solo limite di non addivenire a scelte viziate da irrazionalità» (sentenza n. 254 del 1985, punto 6 del *Considerato in diritto*).

²⁵⁰ Ci riferiamo in particolare a quelle previste per determinati reati tributari, rispetto alle quali la scelta prevederle o meno è ritenuta espressiva di «una precisa strategia, espressiva dell'ampia discrezionalità del legislatore in materia di politica criminale» (sentenza 95 del 2019, punto 3 del *Considerato in diritto*, con cui è stata rigettata una questione relativa al mancato assoggettamento del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti alle soglie di punibilità previste dall'art. 3 d.lgs. n. 74 del 2000 in rapporto alla dichiarazione fraudolenta mediante artifici). Peraltro, rimanendo in tema di reati tributari, rispetto all'abbandono del modello del 'reato prodromico', linea di politica criminale espressa dalla disciplina del vecchio decreto-legge n. 429 del 1982 (convertito con modificazioni dalla legge n. 516 del 1982) e superata con la riforma attuata con il d.lgs. n. 74 del 2000, si veda la precedente sentenza n. 49 del 2002, in cui però la questione era stata posta *in malam partem*. Qui la Corte ha

ancora, lo stesso regime di procedibilità²⁵¹.

Così, ancora, sono riconducibili al principio di legalità penale le cause di non punibilità²⁵², le cause di esclusione della colpevolezza²⁵³ e le cause di estinzione

dichiarato l'inammissibilità a fronte della riserva di legge penale della questione relativa alla disparità di trattamento fra la condotta di emissione di fatture false per operazioni inesistenti (sanzionata come delitto consumato) e quella di annotazione delle medesime nella contabilità del percettore (non punibile neppure come tentativo nel caso non sia seguita dalla presentazione di una dichiarazione falsa): la questione è stata dichiarata appunto inammissibile, perché l'intervento della Corte avrebbe implicato «un riassetto del sistema penale tributario, secondo una linea di politica criminale autonoma e contrapposta rispetto a quella adottata dal legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità» (punto 2 del *Considerato in diritto*).

²⁵¹ Almeno a partire dalla sentenza n. 46 del 1970 in tema di abbandono del domicilio domestico. Si vedano poi le sentenze n. 274 del 1997 e n. 248 del 2020 (nella quale si fa riferimento allo «standard» della manifesta irragionevolezza, punto 9.3 del *Considerato in diritto*) e le ordinanze n. 204 del 1988, n. 354 del 1999, n. 91 del 2001 e n. 178 del 2003.

²⁵² L'estensione applicativa di questi istituti, che «costituiscono altrettante deroghe a norme penali generali, comporta strutturalmente un giudizio di ponderazione a soluzione aperta tra ragioni diverse e confliggenti, in primo luogo quelle che sorreggono la norma generale e quelle che viceversa sorreggono la norma derogatoria: un giudizio che è da riconoscersi ed è stato riconosciuto da questa Corte appartenere primariamente al legislatore» (sentenza n. 8 del 1996, punto 3 del *Considerato in diritto*; in senso analogo le sentenze n. 241 del 1983, n. 140 del 2009, n. 156 del 2016, n. 207 del 2017, n. 120 del 2019, n. 30 del 2021). Anche qui, il limite della discrezionalità legislativa è individuato nella manifesta irragionevolezza (sentenza n. 207 del 2017, punto 6 del *Considerato in diritto*) e vale la preclusione di pronunce con effetti *in malam partem*, quali ad esempio pronunce che introducano nuove ipotesi di esclusione di una causa di non punibilità (ordinanza n. 285 del 2012 in tema di usura a danno di congiunti).

²⁵³ Anche dette scusanti, sono «cause che escludono la punibilità in quanto escludono la colpevolezza, per mancanza di rimproverabilità, rispetto ad un fatto, che oggettivamente resta illecito» (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 359) fra cui rientrano tipicamente l'errore, il reato putativo e l'*aberratio*. Su questo fronte, occorre tener presente che il limite negativo della discrezionalità legislativa è rappresentato dalla «colpevolezza costituzionalmente richiesta», che «non costituisce elemento tale da poter esser, a discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato» (sentenza n. 364 del 1988, punto 8 del *Considerato in diritto*). Quanto alla differente questione della configurazione di cause di esclusione o diminuzione dell'imputabilità, si può invece richiamare la già ricordata sentenza n. 114 del 1998: dinanzi al dubbio della validità scientifica della distinzione tra abitudine nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti e cronica intossicazione da alcol o da sostanze stupefacenti, la Corte ha osservato che affinché si possa giungere alla dichiarazione d'incostituzionalità «quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire... occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice» (punto 4 del *Considerato in diritto*). Una questione analoga a quella decisa nel 1998 è stata di recente dichiarata manifestamente inammissibile in assenza di «congrua motivazione, tanto sulle acquisizioni conseguite in campo scientifico, quanto sulle ragioni per le quali risulterebbero violati i parametri costituzionali evocati» (ordinanza n. 250 del 2020).

della punibilità²⁵⁴, nella specie delle cause estintive della pena²⁵⁵ e del reato²⁵⁶. E proprio fra le cause di estinzione del reato rientra un istituto di fondamentale importanza nel tessuto legislativo penale e nella legalità costituzionale; un istituto che esprime un'alta aspirazione garantistica pur a fronte di irrisolte se non addirittura dilemmatiche ambiguità teoriche: la prescrizione del reato.

Proprio la spiccata rilevanza dell'istituto sul piano dei limiti costituzionali all'esercizio del potere di punire oltre ad una serie di importanti assestamenti giurisprudenziali avvenuti negli ultimi anni – fra i quali la nota vicenda relativa alla 'regola Taricco'²⁵⁷ – giustificano qualche precisazione in più.

La prescrizione radica la propria funzionalità nelle irrimediabili conseguenze che l'incedere del tempo genera sulla tenuta del tessuto legislativo alla luce del dispiegarsi della dinamica del reale, ovverosia nella più generale capacità della legge di relazionarsi con la comunque «non raggiungibile varietà del caso concreto»²⁵⁸; in una parola, nella sua capacità di rispondere alla logica del probabile, di essere *ragionevole* anche dinanzi alla prova del tempo. Il che, rispetto all'istituto in questione, avviene in maniera abbastanza particolare.

Si è osservato che il tempo che passa mitiga l'interesse dello Stato all'accertamento del reato e all'infissione della pena, fino a farlo del tutto svanire quando il ricordo del fatto passa nel dimenticatoio e le sue conseguenze sociali scompaiono, e che il tempo che passa porterebbe inoltre con sé importanti difficoltà pratiche nella stessa raccolta delle prove²⁵⁹. Su questo piano, la Corte costituzionale ha sottolineato che l'istituto si lega da un lato alla progressiva riduzione dell'allarme sociale determinato dalla commissione dei reati, e dall'altro alla garanzia del diritto di difesa, che a distanza di molti anni dal fatto potrebbe esser reso per forza di cose non meno difficoltoso dell'attività istruttoria²⁶⁰. In molte pronunce la Corte ha poi parlato di un bilanciamento che implicherebbe da un lato «il diritto all'oblio»²⁶¹ e

²⁵⁴ Cioè cause che si configurano «dopo che il reato è già perfetto ed incidono sulla sola punibilità per ragioni estranee o contrastanti con la tutela del bene protetto dalla norma» (F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 796).

²⁵⁵ Fra cui vengono fatte rientrare la morte del reo dopo la sentenza definitiva di condanna, l'estinzione della pena per il decorso del tempo, l'indulto e la grazia, la non menzione della condanna nel casellario giudiziale, la liberazione condizionale e la riabilitazione, oltre alle misure alternative alla detenzione e all'applicazione della pena su richiesta delle parti (F. MANTOVANI, *op. ult. cit.*, 799).

²⁵⁶ Fra cui rientrano la morte dell'imputato prima della sentenza definitiva di condanna, l'amnistia, la remissione della querela, la prescrizione, l'oblazione, la sospensione condizionale della pena e il perdono giudiziale (*ibidem*).

²⁵⁷ Vicenda su cui torneremo più ampiamente *infra* (I.6.2).

²⁵⁸ Sentenza n. 644 del 1988, punto 3 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 655. Nella sentenza n. 202 del 1971 si parla di «interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venire meno, o notevolmente attenuato, insieme al loro ricordo, anche l'allarme della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio».

²⁶⁰ Sentenza n. 393 del 2006, punto 7 del *Considerato in diritto*.

²⁶¹ Si vedano le sentenze n. 23 del 2013, n. 143 del 2014, n. 45 del 2015, n. 265 del 2017, n. 112 e n. 115 del 2018, n. 278 del 2020, n. 140 del 2021 oltre all'ordinanza n. 24 del 2017. Prima della pronuncia del 2013 la Corte ha fatto riferimento al 'diritto all'oblio' soltanto nella sentenza n. 287 del 2010, relativa però a tematiche attinenti al casellario giudiziale. Espressione ripresa in altri ambiti

dall'altro «l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno»²⁶².

Radicalandosi la scelta normativa sulla prescrizione nella riserva di legge penale, la conseguenza immediata è il dover fare necessariamente i conti con i principi costituzionali che danno forma e limitano lo stesso potere di punire: consequenzialmente, la scelta normativa in questione si confronta in termini di stretto dover essere costituzionale con i principi di riferimento, fra i quali spiccano senz'altro il *nullum crimen sine culpa* e il finalismo rieducativo²⁶³. È infatti la riconducibilità della prescrizione alla categoria delle decisioni normative frutto delle più generali politiche criminali²⁶⁴ in quanto afferente al dispiegarsi dell'esercizio del potere punitivo nel tempo, a far sì che l'istituto venga sussunto fra le espressioni di potestà normativa coperte dalla riserva di legge penale e sottoposto dunque all'operatività dei principi ad essa ancillari. Del resto è proprio alla luce di questa sussunzione nel campo operativo della riserva di legge penale che la prescrizione rispecchia in termini assiologici i valori riflessi nel prisma della legalità penale costituzionale: l'istituto afferisce infatti alla tutela dei diritti fondamentali proprio perché si lega alla declinazione del pubblico potere che più di ogni altra li comprime. Questo il nucleo del fondamento costituzionale su cui la giurisprudenza costituzionale è assestata da tempo²⁶⁵, affermando anzi in termini espliciti «l'erroneità del ritenere la prescrizione un espediente processuale»²⁶⁶. E sul piano dei limiti alla discrezionalità legislativa nel modulare l'istituto, il punto di riferimento di qualsiasi discorso rimane l'impiego del canone di ragionevolezza nel valutare il rispetto ai principi di volta in volta emergenti, dalle scelte sulla durata²⁶⁷

soltanto in relazione al diritto all'anonimato della madre naturale dinanzi al diritto del figlio adottato di conoscere le proprie origini (sentenza n. 278 del 2013).

²⁶² Sentenza n. 115 del 2018, punto 10 del *Considerato in diritto*.

²⁶³ In letteratura, la dimensione costituzionale della prescrizione del reato intesa però in senso più spiccatamente fondante è individuata nel finalismo rieducativo affiancato dal principio di colpevolezza da D. MARTIRE, *La prescrizione "costituzionale" del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, spec. 24 ss.

²⁶⁴ Decisioni accomunate alla prescrizione dall'essere «espressione della discrezionalità che va riconosciuta al legislatore per quanto attiene alla sfera (e in particolare all'an e al quomodo) della punibilità» (sentenza n. 455 del 1998, punto 4 del *Considerato in diritto*).

²⁶⁵ Fra le tante, si vedano le sentenze n. 393 del 2006, n. 143 del 2014, n. 278 del 2020.

²⁶⁶ Sentenza n. 275 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁷ «Nell'esercizio della sua discrezionalità, il legislatore può pertanto stabilire termini di prescrizione più brevi o più lunghi di quelli ordinari in rapporto a determinate ipotesi criminose, sulla base di valutazioni correlate alle specifiche caratteristiche degli illeciti considerati e alla ponderazione complessiva degli interessi coinvolti. Soluzioni di segno estensivo possono essere giustificate, in specie, sia dal particolare allarme sociale generato da alcuni tipi di reato, il quale comporti una "resistenza all'oblio" nella coscienza comune più che proporzionale all'energia della risposta sanzionatoria; sia dalla speciale complessità delle indagini richieste per il loro accertamento e dalla laboriosità della verifica dell'ipotesi accusatoria in sede processuale, cui corrisponde un fisiologico allungamento dei tempi necessari per pervenire alla sentenza definitiva... La discrezionalità legislativa in materia deve essere pur sempre esercitata, tuttavia, nel rispetto del principio di ragionevolezza e in modo tale da non determinare ingiustificabili sperequazioni di trattamento tra fattispecie omogenee, come invece è avvenuto nel caso in esame» (sentenza n. 143 del 2014, punti 3 e 4 del *Considerato in diritto*). Con questo limite, sono dunque possibili deroghe al regime generale della prescrizione, in quanto l'art. 157 cod. pen., pur essendo norma di carattere generale, non assurge anche a «momento necessario di attuazione - o di salvaguardia - dei principi

– ammettendosi per alcuni reati particolarmente gravi addirittura l’imprescrittibilità²⁶⁸ – a quelle sulla sospensione²⁶⁹ e sull’interruzione²⁷⁰. Limite funzionale che inibisce ad esempio l’ingiustificata disparità di trattamento nel regime di prescrizione tra fattispecie omogenee²⁷¹.

4. La costruzione giurisprudenziale dell’ultima ratio.

Il discorso intorno all’esercizio del potere di normazione penale come *ultima ratio*²⁷², che è tema filosoficamente²⁷³ e giuridicamente «sconfinato»²⁷⁴, rileva ai

costituzionali» (sentenza n. 455 del 1998 e ordinanza n. 288 del 1999) potendosene individuare altre forme attuative anche al di là del diritto penale. Per esempio, la Corte considera afferente alla discrezionalità legislativa il ritenere che «in rapporto a determinati delitti colposi la “resistenza all’oblio” nella coscienza sociale e la complessità dell’accertamento dei fatti siano omologabili a quelle della corrispondente ipotesi dolosa, giustificando, con ciò, la sottoposizione di entrambi ad un identico termine prescrizionale» (sentenza n. 265 del 2017, punto 8 del *Considerato in diritto*).

²⁶⁸ Sentenza n. 115 del 2018, punto 10 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁹ Sentenza n. 354 del 1996.

²⁷⁰ Ordinanza n. 114 del 1983, primo caso in cui la Corte ha avuto modo di precisare, rinviando indirettamente a un passo della sentenza n. 71 dello stesso anno, che anche gli atti interruttivi della prescrizione sono coperti dal già analizzato divieto di pronunce additive in materia penale (in particolare nella forma del «sottrarre determinate fattispecie alla regolamentazione comune, aggiungendo nuovi casi di esclusione ad una serie tassativamente fissata dalla legge»).

²⁷¹ Si veda ad esempio la sentenza n. 143 del 2014, punto 4 del *Considerato in diritto*. O più di recente la sentenza n. 112 del 2018.

²⁷² «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires...», recita l’art. 8 della Déclaration des droits de l’homme et du citoyen del 1789. Del resto, com’è stato autorevolmente sottolineato, il diritto penale rappresenta l’*ultima ratio* in relazione ai suoi stessi fini (D. PULITANO, *Politica criminale*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 98).

²⁷³ Guardando alla riflessione attorno alla *necessità* della pena, pensiamo ad esempio al noto passo di MONTESQUIEU per cui ogni punizione che non derivi dalla pura necessità è tirannica («Toute peine qui ne dérive pas de la nécessité est tyrannique. La loi n’est pas un pur acte de puissance; les choses indifférentes par leur nature ne sont pas de son ressort», *De l’esprit des lois* (1748), Liv. XIX, Chap. XIV) poi ripreso da Cesare BECCARIA nel trattare del «diritto di punire», e riformulato in termini più generali sotto forma del principio per cui «ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall’assoluta necessità è tirannico» (*Dei delitti e delle pene* (1764), introduzione di R. Rampioni, ed. integrale, Roma, 2012, 32). L’influenza delle riflessioni di pensatori come Montesquieu e Beccaria sulla speciale attenzione che i rivoluzionari francesi di fine Settecento avrebbero dedicato al potere di punire nel tratteggiare il diritto costituzionale (si veda il già richiamato art. 8 della Déclaration del 1789) è sottolineata, fra gli altri, nello studio di D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, nuova ed. aggiornata, Roma, 2021, spec. 117 s. Più in generale, una più ampia digressione sul principio di necessità del diritto penale che attraversa – fra gli altri – il pensiero di filosofi come Grozio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius e Bentham, oltre ai già citati Beccaria e Montesquieu, è offerta nell’importante riflessione di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Roma-Bari, 2002, 466 ss. Ricorda peraltro G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 383 s. come in realtà il «problema penale» venga posto nel Settecento nei termini che conosciamo proprio alla luce del fatto che questi termini risultavano «funzionali ad esigenze culturali ed organizzative della seconda metà del secolo XVIII», ipotizzando che il fatto che di questo problema se ne sia parlato in seguito ancora «in termini settecenteschi» – specie durante l’Ottocento – possa ricondursi a «uno di quei fenomeni di imitazione molto noti agli storici della cultura giuridica, che possono ricondursi (volendo) allo schema della vischiosità o della persistenza delle sovrastrutture».

²⁷⁴ C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di ‘extrema ratio’*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1448.

fini di un'analisi della giurisprudenza costituzionale italiana in materia essenzialmente sotto due aspetti: *l'astratta potenzialità ad assurgere a limite della discrezionalità legislativa* e, soprattutto, *il rappresentare un passaggio mancato*. Si tratta di aspetti concettualmente e inestricabilmente legati.

La capacità di limitare la discrezionalità legislativa potrebbe infatti emergere in concreto – se ci riferiamo al principio di sussidiarietà²⁷⁵ in un senso stretto²⁷⁶ – nel caso in cui la Corte costituzionale decidesse di abbracciare un orientamento per cui, di fronte alla *manifesta* implausibilità della scelta di tutela penale come *extrema ratio*, questa verrebbe dichiarata illegittimità e annullata. Uno schema molto – evidentemente *troppo* – semplice, in quanto le valutazioni di politica criminale sottese a una scelta di criminalizzazione e più ancora quelle per cui questa può considerarsi davvero l'*ultima ratio* sono per definizione ampie e plurali, tautologicamente politiche²⁷⁷. Latitudine valutativa che collima col fatto che la normazione in materia penale è affidata dalla Costituzione alla legislazione. In ogni caso, rimane il problema del rendere l'*ultima ratio* giustiziabile²⁷⁸. Certo è che nella penalistica il principio di sussidiarietà è stato spesso accostato ad altri principi costituzionali, sempre nel tentativo di dischiuderne una normatività in grado di

²⁷⁵ Giuliano Vassalli, che più che di 'sussidiarietà' parlava di 'necessità', sosteneva che tanto questo quanto il principio di proporzione o proporzionalità più che principi fossero in realtà «nel diritto penale sostanziale solamente principii ispiratori, alla stessa stregua di quei due sommi principii della difesa sociale e dei diritti dell'uomo dei quali sono intesi a realizzare il reciproco componimento» (G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1991, 707).

²⁷⁶ Che è principio la cui dimensione costituzionale è difficilmente confutabile. G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in Diritto e Storia, 11, 2013, § 2, tenta ad esempio di ricostruirne il fondamento positivo nel tenore letterale dell'art. 13 Cost., oltre che nella declinazione costituzionale della legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma. Sia come sia, si tratta di un risultato interpretativo che non sarebbe implausibile raggiungere neppure per altre vie, muovendo ad esempio dal personalismo che così in profondità trascorre e caratterizza la Costituzione repubblicana.

²⁷⁷ «Affidarsi alla coercizione penale», è stato osservato, «presuppone da un lato la verifica dei presupposti "fattuali" della prevenzione generale; dall'altro, dei bilanciamenti d'interessi, in cui aspetti tecnici d'economicità dei mezzi si intrecciano con aspetti di valore» (D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., 90).

²⁷⁸ Sul punto, nell'ambito di una riflessione intorno alla sussidiarietà del diritto penale e alla possibilità di ascrivere al principio una valenza autenticamente dimostrativa – nei termini di un parametro di legittimità costituzionale – si è sostenuto che «la valutazione di *ultima ratio* deve trovare una sua base epistemologica», asserendosi dunque la necessità che la penalistica si faccia carico di «elaborare oggetto, metodo e contenuti di una vera *scienza della sussidiarietà*, come parte della scienza della legislazione e complemento metodologico della stessa dogmatica dell'illecito penale». Un sapere che implicherebbe non soltanto il ricorso alle categorie tradizionali del diritto penale, ma anche un approccio consequenzialista oltre all'utilizzo di conoscenze empiriche interdisciplinari sia nel momento di elaborazione delle disposizioni, sia in quello dell'applicazione normativa (M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 86 ss.). In un'altra prospettiva, prendendosi le mosse dal fatto che l'*extrema ratio* traduce un principio costituzionale, si è sostenuto che la sua normatività di legherebbe a quella degli altri principi, risultando giustiziabile nella logica dei bilanciamenti – se intendiamo correttamente il pensiero dell'autore, nella misura in cui i valori sottesi alla sussidiarietà penale risultano del tutto compresi nella ponderazione assiologica sottesa a questa tecnica (G. MARRA, *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018).

implementare la legalità costituzionale di fronte alle scelte legislative. Un esempio assai noto è quello della teorica bricoliana, in cui l'idea del bene giuridico *costituzionale* si saldava all'offensività proprio nella prospettiva di implementare l'idea di un diritto penale minimo²⁷⁹.

Ora, nella giurisprudenza costituzionale non mancano alcuni punti di emersione del principio di sussidiarietà, richiamato in una prospettiva conformativa della discrezionalità legislativa. E così, la Corte costituzionale ha ad esempio sottolineato come a differenza di altri rami del giuridico il diritto penale rappresenti «l'*extrema ratio*, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato»²⁸⁰. E ha precisato che il principio di sussidiarietà implica che «è legittimo ricorrere alla sanzione penale soltanto allorché gli altri rami dell'ordinamento non offrano adeguata tutela ai beni che s'intendono garantire»²⁸¹, sottolineandone l'importanza sul piano della legalità costituzionale anche in relazione al principio di «riconoscibilità» delle norme penali²⁸². La Corte ha inoltre legato l'idea di sussidiarietà del diritto penale alla dimensione statale del potere di punire, perché il principio in questione implica che proprio perché la criminalizzazione rappresenta l'*ultima ratio*, «deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire» e «implica, fra l'altro, programmi di politica generale, e criminale in ispecie, nonché giudizi prognostici che soltanto lo Stato può formulare»²⁸³. In definitiva, per la Corte la legalità penale tracciata dalla Costituzione tende «a ridurre la quantità delle norme penali, e, così, a concentrare

²⁷⁹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 14 ss.

²⁸⁰ Così la celebre sentenza n. 189 del 1987 (relatore ed estensore Dell'Andro) sul divieto penalmente sanzionato di esposizione di bandiere estere (punto 4 del *Considerato in diritto*) nella quale il ricorso alla tutela penale viene giudicato «manifestamente irrazionale».

²⁸¹ Sentenza n. 409 del 1989 (relatore ed estensore Dell'Andro) in tema di obiezione di coscienza al servizio militare, in cui si legge anche che sebbene il legislatore debba «oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante», essendo la sua discrezionalità evidentemente conformato dalla Costituzione, d'altro canto «è anche indubbio che le valutazioni, dalle quali dipende la riduzione del numero delle incriminazioni, attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili in questa sede». La conseguenza è che per la Corte un'illegittimità costituzionale legata alla violazione del principio di sussidiarietà è possibile soltanto alla luce del riscontro di un'irragionevolezza e «per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto» (punto 4 del *Considerato in diritto*).

²⁸² Si legge nella celeberrima sentenza n. 364 del 1988 (relatore ed estensore Dell'Andro) sull'art. 5 cod. pen.: «Il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare» (punto 17 del *Considerato in diritto*).

²⁸³ Sentenza n. 487 del 1989 (relatore ed estensore Dell'Andro) punto 5 del *Considerato in diritto*.

queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi od almeno “importanti”, per l’ordinato vivere sociale»²⁸⁴. Si tratta di passaggi che non sembra affatto casuale siano contenuti in pronunce che risalgono all’epoca della presenza nel collegio di Renato Dell’Andro, redattore di alcune storiche sentenze in materia penale e nelle quali si scorge una linea di pensiero in cui la pregnanza del valore personalista nella Costituzione si legava a un’idea fortemente riduzionista – in termini di puro dover essere costituzionale – del ricorso alla tutela penale²⁸⁵.

Sia come sia, questo potenziale conformativo – meglio: fortemente riduttivo – della discrezionalità da parte del principio di sussidiarietà rappresenta pure, come anticipavamo, un passaggio mancato: mancato perché in effetti, a quanto ci risulta, al netto della stagione marchiata dalla spiccata sensibilità garantista del giudice Dell’Andro, tradizionalmente la Corte non ha fatto ricorso al principio in questione nella prospettiva di una riduzione della discrezionalità legislativa; semmai è vero il contrario. Il Giudice delle Leggi ha infatti più di una volta utilizzato il principio di sussidiarietà come argomento funzionale a sostenere la discrezionalità legislativa, in ipotesi in cui il verso della questione prospettata dal giudice *a quo* era *in malam partem*. Ma andiamo con ordine.

Nello spiegare che la tutela penale «non è l’unico strumento» funzionale al perseguimento dell’«effettività dell’imposizione di obblighi o doveri», la Corte costituzionale ha ad esempio chiarito che questi obblighi e doveri possono trovare una dimensione effettiva senza l’ausilio della sanzione penale, ma «accompagnati da controlli e da responsabilità solo amministrative o politico amministrative». Di più: «è anzi rimesso alla valutazione discrezionale del legislatore, nei limiti della ragionevolezza, valutare quando ed in quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura costituisce extrema ratio, da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali»²⁸⁶. Si tratta di frasi sufficientemente chiare, da cui traspare l’idea per cui la sussidiarietà della tutela penale ha una funzionalità non secondaria nei percorsi argomentativi a garanzia della discrezionalità legislativa.

È a partire dall’alveo di questa linea interpretativa che s’innesta la giurisprudenza costituzionale per cui «l’eventuale addebito al legislatore di avere omesso di

²⁸⁴ Così ancora la sentenza n. 487 del 1989, punto 3 del *Considerato in diritto*. Altre considerazioni importanti intorno ai tratti di specialità che connotano il ricorso alla tutela penale si possono leggere ad esempio nella sentenza n. 369 del 1988 in tema di condono edilizio (redatta ancora una volta da Renato Dell’Andro). In generale, per l’inquadramento del principio di sussidiarietà della tutela penale come principio costituzionale, si vedano ad esempio, fra le altre, oltre alle già richiamate sentenze n. 189 del 1987, n. 364 del 1988, n. 409 e 487 del 1989, anche le sentenze n. 282 del 1990, n. 291 del 1992, n. 28 del 1993 e n. 185 del 2004.

²⁸⁵ Si legge ad esempio nella già richiamata sentenza n. 487 del 1989, con cui si è definitivamente esclusa la sussistenza di un potere punitivo in capo alle regioni, che la normazione penale «dovrebbe esser ridotta al minimo indispensabile al raggiungimento (attraverso l’incriminazione di gravi modalità di lesione di beni costituzionalmente significativi od almeno socialmente rilevanti) delle elementari condizioni del vivere democratico» (punto 1 del *Considerato in diritto*). Un’antologia delle pronunce redatte dal giudice Dell’Andro è consultabile nel volume *Renato Dell’Andro*, pubblicato dall’Archivio storico della Camera dei deputati, Roma, 2010, consultabile in https://archivio.camera.it/resources/pu01/allegati/dell_andro.pdf.

²⁸⁶ Sentenza n. 317 del 1996, punto 2 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge, e tanto meno in una richiesta di “addizione” alla medesima mediante una pronuncia di questa Corte». E ciò in quanto «l’incriminazione costituisce una *extrema ratio*... cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l’assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela». Il che basta a precludere anche la possibilità di tradurre questo genere di censura in una questione di legittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice sulla base del fatto che condotte altre rispetto a quelle criminalizzate «avrebbero dovuto essere a loro volta incriminate per ragioni di parità di trattamento di situazioni omogenee, o in nome di esigenze di ragionevolezza o di armonia dell’ordinamento». Punto su cui torna ancora una volta a emersione il legame fra riserva di legge penale e discrezionalità legislativa, perché la Corte ritiene che la «mancanza della base legale» ritenuta «costituzionalmente necessaria», ovverosia l’assenza «della scelta legislativa di considerare certe condotte come penalmente perseguibili, preclude radicalmente la possibilità di prospettare una estensione ad esse delle fattispecie incriminatrici attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale»²⁸⁷. Impostazione più volte emersa nella giurisprudenza costituzionale²⁸⁸, anche di recente, come nel caso della sentenza n. 37 del 2019 relativa all’abrogazione del reato d’ingiuria²⁸⁹ o di quello relativo alla sentenza n.

²⁸⁷ Sentenza n. 447 del 1998, punto 7 del *Considerato in diritto*. Qualche anno fa, in letteratura, era stato sottolineato come questa importante pronuncia in tema di abuso d’ufficio rappresentasse il primo caso di utilizzo dell’*extrema ratio* in relazione ai principi espressi dall’art. 97 Cost., implicando l’esclusione di interpretazioni della disposizione di cui all’art. 323 cod. pen. «che in nome di una loro applicazione diretta finiscano con l’aggirare la tipizzazione della fattispecie incriminatrice». Una lettura che assieme alle sue conseguenze è stata oggetto di un giudizio positivo, nella misura in cui – tenuto conto del rischio di «paralisi» dell’azione amministrativa a causa dell’intervento del giudice penale – implicava una responsabilizzazione dell’esercizio della funzione giurisdizionale agganciata alla stessa necessità d’implementazione dei principi costituzionali posti alla base dell’azione delle pubbliche amministrazioni, prima ancora che alla separazione dei poteri (C. PINELLI, *Profili costituzionalistici del reato di abuso d’ufficio*, in *Giur. it.*, 2000, 1019 ss., 9 della versione digitale). Un esempio limpido di quanto complesse e delicate siano, specie in tema di tutela penale, le intersezioni fra agire del legislatore, delle magistrature, della Corte costituzionale e della pubblica amministrazione; un esempio che dice più di qualcosa anche sul senso della legalità penale e dunque sulle implicazioni della riserva di legge penale nell’ordine costituzionale su cui ci siamo soffermati in precedenza, implicazioni che vanno ben oltre la sola questione della latitudine di discrezionalità legislativa individuata attraverso il giudizio costituzionale. Un esempio, fra le altre cose, di quanto in un ordine costituzionale improntato al pluralismo e dunque ad un’alta complessità assiologico-normativa trovi nel consequenzialismo come canone interpretativo un elemento di equilibrio plausibile e funzionale.

²⁸⁸ Si vedano le sentenze n. 226 del 1983, n. 49 del 1985, n. 411 del 1995 e le ordinanze n. 288 del 1996 e n. 355 del 1997, tutte richiamate dalla citata sentenza n. 447 del 1998.

²⁸⁹ Di un certo interesse, il contro-argomento che la Corte costituzionale spende di fronte alla sottolineatura della configurazione del diritto all’onore come diritto fondamentale, dalla quale non può discendere un obbligo di tutela penale: «tanto la Costituzione quanto il diritto internazionale dei diritti umani lasciano, di regola, il legislatore (e più in particolare il Parlamento, naturale depositario delle scelte in materia penale in una società democratica) libero di valutare se sia necessario apprestare tutela penale a un determinato diritto fondamentale, o se – invece – il doveroso obiettivo

8 del 2022 in tema di abuso d'ufficio²⁹⁰, e non soltanto²⁹¹.

In definitiva, se guardassimo alla costruzione della tutela penale come *ultima ratio* nella giurisprudenza costituzionale come limite alla discrezionalità legislativa, potremmo legittimamente parlare di un passaggio mancato, almeno nella misura in cui un potenziale conformativo normativamente pregnante non è mai realmente emerso, quantomeno non sistematicamente²⁹². D'altro canto, come sottolineavamo, l'*ultima ratio* è invece emersa assai più frequentemente come criterio a funzionale a far salve determinate scelte di tutela di valori – o, per usare un gergo più prossimo alla penalistica, 'beni giuridici' – scelte in ultima analisi politiche. Il che ci dice che, oltre a rappresentare un passaggio mancato figlio di una normatività mai pienamente dispiegata, l'*ultima ratio* è ascrivibile fra le premesse costituzionali dell'ampia discrezionalità legislativa in materia penale; per lo meno, nella misura in cui preclude alla Corte costituzionale un ampio ventaglio di possibilità d'intervento *in malam partem*. Il tutto in ossequio, abbracciando le letture offerte dalla stessa Corte, alla riserva di legge in materia penale.

5. Legge, Costituzione, obblighi di tutela penale.

Questione teoricamente spinosa, a partire dal riferimento all'esperienza penalistica di un concetto che trova il proprio terreno d'elezione nel diritto civile²⁹³, quella

di proteggere il diritto stesso dalle aggressioni provenienti dai terzi possa essere efficacemente assicurato mediante strumenti alternativi, e a loro volta meno incidenti sui diritti fondamentali del trasgressore, nella logica di *ultima ratio* della tutela penale che ispira gli ordinamenti contemporanei» (punto 7.3 del *Considerato in diritto*). Ecco che ancora una volta la sussidiarietà emerge in una prospettiva conservativa della discrezionalità legislativa.

²⁹⁰ Peraltro, in questa pronuncia si sottolinea ancora una volta molto nettamente come l'inquadramento di una norma penale nei termini di 'norma penale di favore' non possa derivare «dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale», perché in questo caso «la richiesta di sindacato in *malam partem* non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento» come nel caso del giudizio sulle norme penali di favore, «ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte» (punto 7 del *Considerato in diritto*).

²⁹¹ Si veda pure, volendo, la sentenza n. 273 del 2010 in tema di tutela delle acque dall'inquinamento.

²⁹² È però interessante osservare come la Corte non rinunci a importanti affermazioni di principio sul punto, sottolineandone comunque la dimensione di dover essere costituzionale. Carattere di *extrema ratio* della norma penale che peraltro, secondo i giudici di Palazzo della Consulta, «non può non riverberarsi anche sulle misure cautelari personali, soprattutto quelle privative della libertà personale, approntate dal legislatore in vista del conseguimento delle finalità proprie del processo penale e per fronteggiare imprescindibili esigenze di tutela della collettività ancor prima dell'accertamento della responsabilità penale» (sentenza n. 57 del 2022, punto 7.1 del *Considerato in diritto*, con la quale la Corte ha dichiarato l'ammissibilità della richiesta di referendum popolare volto all'abrogazione dell'art. 274, comma 1, lett. c, cod. proc. pen. relativamente all'esigenza cautelare consistente nel pericolo di commissione di delitti della stessa specie che, congiuntamente ai «gravi indizi di colpevolezza» di cui all'art. 273 cod. proc. pen., rende applicabili le misure cautelari personali).

²⁹³ Sottolineava Emilio BETTI, *Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 54 come la figura del dovere implichi una «bilateralità del rapporto (giuridico)» nel quale il dovere stesso s'inserisce, il che richiama una «correlatività» che è il tratto caratteristico di «quelli che, nel campo del diritto privato, si chiamano in senso più stretto "obblighi"».

degli obblighi di tutela penale rappresenta uno dei risvolti più problematici in assoluto del rapporto fra legge e Costituzione, perché traduce *un vincolo di tipo positivo* nell'esercizio del potere discrezionale del legislatore: la categoria dell'obbligo di tutela penale implica infatti l'apposizione di una necessità costituzionale che implica il ricorso al potere di punire. Forse, sarebbe più corretto dire che la questione implica più precisamente il passaggio «dal potere al dovere di punire»²⁹⁴.

Si tratta di una questione su cui la riflessione è maturata più compiutamente a partire dagli anni Settanta, alla luce di una nota sentenza del Bundesverfassungsgericht in tema di aborto²⁹⁵, che avrebbe portato peraltro a legare da parte di alcuni l'idea teorica di una costituzione forte al rischio di legittimare obblighi di tutela penale²⁹⁶. Sul piano teorico, è una tematica che su un piano generale si lega all'*altra* dimensione dei diritti fondamentali; quella che, accompagnandosi al loro «profilo soggettivo e difensivo» di tradizione tipicamente liberale, ne rappresenta la «dimensione ordinamentale», che attiene ai profili del «radicamento sociale dei diritti», della loro «funzione di integrazione» e dell'«impulso, indirizzato dalla costituzione agli organi statali, teso ad assicurare la più ampia effettività e la promozione dei diritti stessi»²⁹⁷.

Se, alla luce del testo della Carta del 1947, a esprimere un espresso obbligo di tutela implicante un potere punitivo sembrerebbe esserci soltanto la disposizione di cui all'art. 13, quarto comma²⁹⁸, alla quale si riconduce l'obbligo di criminalizzare il

²⁹⁴ C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, 5 ss.

²⁹⁵ BVerfGE, 39, 1, 25 febbraio 1975.

²⁹⁶ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 484 ss., il quale al tempo osservava: «L'idea degli obblighi di penalizzazione sembra non fare altro che prendere sul serio fino in fondo tale valore fondante del sistema dei beni giuridici costituzionali: dalla necessità che la tutela penale sia orientata (soltanto) ad oggetti legittimi, alla necessità di tutela penale sia orientata (soltanto) ad oggetti legittimi, alla necessità di tutela penale per dati oggetti in un dato ambito. Da un lato un limite garantista invalicabile, dall'altro un contenuto minimo irrinunciabile dalla coercizione statale vengono collegati al medesimo principio regolativo» (ivi, 495). Lo stesso autore, individuando la problematicità della sentenza del Bundesverfassungsgericht sull'aborto nell'esistenza di una *Wertordnung*, osservava poi che nella penalistica italiana dell'epoca «l'assunto di una *scala gerarchica* dei valori costituzionali» si sarebbe affermata come «utopia progressiva» (ivi, 496).

²⁹⁷ A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gr. Pisa*, 2, 2016, 1 s.

²⁹⁸ «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

reato di tortura²⁹⁹, in realtà la questione è ben più complessa³⁰⁰, anche perché il dover essere implicato dalla Costituzione nelle scelte di tutela penale può legarsi a norme figlie dell'emersione di una competenza penale in capo all'Unione europea – e dunque del suo potere di 'criminalizzare senza punire'³⁰¹ e dell'«*apparente paradosso*»³⁰² della conformazione di parte del diritto penale italiano senza la posizione diretta di norme penali³⁰³ – o ancora a norme di diritto internazionale,

²⁹⁹ A. PUGIOTTO, *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2014, 129 ss., spec. 132 ss., il quale parla del reato di tortura come dell'«unico reato imposto costituzionalmente». Sottolinea M. RUOTOLO, *Per l'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *Costituzionalismo.it*, 25 luglio 2013, come l'obbligo di tutela penale in questione «deve ritenersi rafforzato», alla luce di altre disposizioni costituzionali come ad esempio il divieto di prevedere pene che consistano in trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma, Cost.) e di disposizioni di diritto internazionali passibili di assurgere al rango di norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale, alla luce dell'art. 117, primo comma, Cost. Qualche anno fa, in una prospettiva molto attenta al dover essere costituzionale in questione anche sul piano dei profili patologici della normazione e dell'organizzazione dei pubblici poteri oltre che sulla violenza esercitata da singoli individui, S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 281 ss. rifletteva sulla configurabilità di una forma di «violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà» alla luce dell'astinenza affettivo-sessuale coatta derivante dalla condizione detentiva; una questione rispetto alla quale si è peraltro di recente pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 10 del 2024 (rel. Petitti) – sulla quale torneremo più oltre – in cui la Corte ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 ord. pen. rispetto al divieto assoluto di colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona stabilmente convivente conseguente all'inderogabilità del controllo a vista del personale di custodia. Sia come sia, l'autrice citata evidenzia nel passaggio riportato come le forme della violenza possano non di rado ricevere una sorta di istituzionalizzazione attraverso aree del tessuto legislativo e sub-legislativo caratterizzate da un profondo iato fra essere e dover essere costituzionale; com'è del resto il caso delle situazioni giuridiche in cui versano le persone a vario titolo sottoposte a privazione della libertà personale.

³⁰⁰ Sostiene F. GALLARATI, *Gli obblighi costituzionali di protezione: studio comparato sul lato "dimenticato" dei diritti fondamentali*, in *Riv. AIC*, 2, 2024, 1 ss., spec. 42 ss. e 47 s. passando in rassegna le pronunce della Corte costituzionale in tema di aborto e di fine vita, che la teoria degli obblighi di protezione sarebbe penetrata anche nella giurisprudenza costituzionale italiana, individuandone comunque gli «ostacoli di ordine pratico-procedurale» in grado di portarla alla piena affermazione nella mancanza di efficaci soluzioni contro le omissioni legislative e nella possibilità per il giudice costituzionale di sindacare «l'inadempimento degli obblighi di protezione alle sole ipotesi di abrogazione (legislativa o referendaria) di una normativa protettiva preesistente».

³⁰¹ Riprendendo la formula di C. SOTIS, «*Criminaliser sans punir*». *Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4, 2010, 773 ss., il quale definisce peraltro questa competenza penale 'quasi diretta' alla luce dell'art. 86 TFUE (ivi, 775) concludendo appunto per una competenza passibile di criminalizzare ma non di stabilire le pene applicabili alle condotte oggetto della scelta di tutela penale.

³⁰² D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 28.

³⁰³ Il diritto dell'Unione europea è stato del resto individuato come l'origine del «più penetrante vulnus al principio di legalità penale, se non altro per la sua potenza evocativa» almeno – se intendiamo correttamente il passaggio dell'autrice – nella misura in cui l'ingresso del diritto penale europeo non rechi con sé le garanzie minime previste dall'art. 25, secondo comma, Cost. (I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, 64).

specie del sistema CEDU³⁰⁴; tutte notoriamente in grado di assurgere a norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale, facendo così valere ulteriori limiti alla discrezionalità legislativa. Interposizione di norme, si basi, non necessariamente rispondenti allo stesso paradigma della legalità costituzionale espresso dalla Costituzione italiana, ma ad altre e non completamente sovrapponibili sue espressioni³⁰⁵.

Il fatto che si parli correntemente di una «sovranità oltre lo Stato»³⁰⁶ senza destare più particolare stupore restituisce del resto l'idea della presa d'atto di una ridefinizione morfologica del potere che, anche su un piano altro rispetto a quello statale, riesce evidentemente a esprimere almeno in parte – e comunque per lo più per via mediata – processi di nomopoiesi punitiva. Al punto che il fenomeno degli obblighi sovranazionali di criminalizzazione è stato letto come una variante esogena in grado di comprimere la discrezionalità legislativa in misura addirittura «prossima all'azzeramento»³⁰⁷, accompagnandosi peraltro a una contemporanea espansione della penalità nell'esperienza giuridica³⁰⁸. In fondo, nel provare a

³⁰⁴ F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes e V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 253 ss. Pensiamo ad esempio alla giurisprudenza convenzionale in tema di tutela del diritto alla vita, ampiamente e approfonditamente ricostruita da V. SCALIA, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Arch. pen.*, 3, 2020, 1 ss. Sul punto, osserva peraltro V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 118 s., che se sul versante del diritto dell'Unione europea l'irrompere di una competenza penale indiretta è stato il risultato «di un lungo travaglio e di complesse transizioni istituzionali, la deduzione di obblighi punitivi dalla CEDU non ha mai fondato la propria legittimazione nella prospettiva delle competenze, e le annessioni di segmenti di competenza penale (e di sottese porzioni di sovranità) a carico dei singoli Stati sono passate attraverso il "cavallo di troia" dei diritti fondamentali» (enfasi nostra).

³⁰⁵ In relazione alla legalità penale europea intesa come legalità penale del diritto dell'Unione, già da anni, in occasione dell'approvazione del trattato che istituisce una costituzione per l'Europa, era stato acutamente osservato come questo passaggio avesse portato a superare «in modo definitivo il "dogma" dell'incompetenza penale dell'Unione europea», aprendosi così «alla costruzione e alla concretizzazione del diritto penale europeo, nel rispetto di una legalità penale dai caratteri molto diversi rispetto a quelli della tradizione dei paesi dell'Europa continentale» (M. D'AMICO, *La legalità penale europea*, in *Rass. parl.*, IV, 2004, 934). Quanto invece alla legalità penale europea intesa come legalità riconducibile alla normatività della CEDU si potrebbe, fra i vari esempi adducibili, ricordare che in margine alla sentenza *Contrada* della Corte EDU – in cui si accerta la violazione dell'art. 7 CEDU perché al tempo dei fatti commessi il concorso esterno in associazione mafiosa non risultava, in quanto fattispecie di elaborazione giurisprudenziale, sufficientemente consolidata – l'osservazione di un autorevole penalista, il quale ebbe a dire che «in Italia la contrapposizione tra il paradigma europeo ispirato all'ermeneutica e il nostro paradigma costituzionale della divisione dei poteri» risultava «ancora molto lontana dall'essere composta» (F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2015, 1066).

³⁰⁶ Riprendendo il titolo di un saggio di E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020, in cui peraltro emerge la capacità di adattamento del lemma di fronte alle grandi trasformazioni strutturali dell'esperienza giuridica.

³⁰⁷ V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. Manes e Id., *La legge penale illegittima*, cit., 520.

³⁰⁸ S. MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in M. Meccarelli, P. Palchetti e C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*,

tracciare le linee di sviluppo del «diritto penale del futuro», illustri studiosi hanno ormai da tempo sottolineato che anche quando esso «si occuperà dell'interpretazione e dell'evoluzione del diritto nazionale, si dovrà sviluppare necessariamente su base internazionale»³⁰⁹. Il che del resto rispecchia «una frantumazione stellare del sistema delle fonti» ormai evidente anche in materia penale³¹⁰; frantumazione che ha da tempo portato con sé inquietudine e disagio scientifico di fronte alla constatazione dell'inadeguatezza di buona parte dell'armamentario teorico-dogmatico tradizionale dei giuristi³¹¹; frantumazione che si accompagna alla concettualmente assai prossima frantumazione della legalità, con la quale gli operatori del diritto – *in primis* i giudici – sono in quest'epoca chiamati a misurarsi.

In ogni caso, dar compiutamente conto della questione degli obblighi di tutela penale implicherebbe l'apertura di un'ampia parentesi intorno alle dinamiche relazionali fra diritto nazionale e diritto sovranazionale e internazionale che in questa sede non appare opportuna né utile, se non nella misura in cui riesca a restituire dei dati sull'incidenza del fenomeno sulla discrezionalità legislativa. Ed essendo la discrezionalità legislativa definita essenzialmente attraverso la giurisprudenza costituzionale, ripercorrere l'inquadramento dato alla questione dalla stessa Corte costituzionale è, nella cornice di questo studio, senz'altro sufficiente allo scopo.

Invero, il punto teoricamente centrale di tutta la questione – lasciando quindi sullo sfondo ulteriori implicazioni interordinamentali³¹² – è rappresentato proprio dalle possibilità di sindacato della Corte costituzionale sul mancato adempimento di questi obblighi. Possibilità rispetto alle quali la giurisprudenza di Palazzo della Consulta sembrerebbe conservare una sua linearità rispetto a quanto abbiamo già illustrato ad esempio in merito alle questioni di legittimità costituzionale delle norme penali più favorevoli³¹³, o di quelle di depenalizzazione.

La Corte costituzionale non ritiene infatti rientrare fra le sue prerogative il potere di porre rimedio a obblighi di criminalizzazione non soddisfatti per via legislativa – il che implicherebbe del resto sentenze additive di una problematicità insostenibile nel quadro attuale della legalità costituzionale³¹⁴. Del resto, su questo

Madrid, 2014, 307.

³⁰⁹ C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 6.

³¹⁰ V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 19.

³¹¹ Come constatava più di vent'anni fa L. CARLASSARE, *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in AA.VV., *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 10. Seminario 1999*, Torino, 1999, 75.

³¹² Segnala fra gli altri V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., 523 come in fondo gli obblighi di tutela penali discendenti dal diritto dell'Unione europea abbiano implicazioni decisamente più importanti di quelle discendenti da altre norme di diritto internazionale, in quanto il mancato ottemperamento dell'obbligo di tutela implica nel primo caso la possibilità dell'apertura di una procedura d'infrazione contro l'Italia.

³¹³ Cioè di quelle norme, diverse dalle 'norme penali di favore', che secondo la Corte non sono caratterizzate da specialità sincronica.

³¹⁴ Del resto, la letteratura specialistica sul diritto costituzionale penale sottolinea da tempo, anche rispetto ad apparentemente meno invasive manipolazioni intorno al *quantum* delle pene, il rischio che la Corte costituzionale abbracci decisioni certo orientate da «esigenze di giustizia» rispetto a «situazioni particolari», e tuttavia «tali da rompere lo schema dell'equilibrio "legale" del sistema».

punto si è già detto trattando delle vicende giurisprudenziali relative al ricorso al principio di sussidiarietà penale, utilizzato non come strumento per comprimere la discrezionalità legislativa ma per conservarla di fronte alla prospettazione di questioni di legittimità costituzionale su scelte di depenalizzazione³¹⁵. In tal senso, si può arrivare a dire senza particolari timori di smentita che, al netto della possibile apertura di una procedura d'infrazione contro l'Italia nel caso di mancato ottemperamento a obblighi di diritto dell'Unione europea, il legislatore italiano rimane in grado di decidere per l'inottemperanza a obblighi di tutela penale senza che siano approntabili particolari rimedi a garanzia della loro soddisfazione. In breve, l'inerzia legislativa è in questo caso non sindacabile, perché nessun altro potere costituzionale è in grado di sopperire alla lacuna di tutela penale derivante dall'omissione. Può così ingenerarsi un forte scarto fra essere e dover essere, non soltanto rispetto a parametri costituzionali che richiedono l'interposizione di norme di diritto dell'Unione o di diritto internazionale, ma anche rispetto alla stessa previsione di cui all'art. 13, quarto comma, Cost.³¹⁶

Il discorso muta però radicalmente di fronte a ipotesi di obblighi di tutela penale già soddisfatti attraverso la legislazione, grazie a norme che il legislatore decida però in seguito di abrogare. In questo caso, la prospettiva del sindacato di legittimità costituzionale si ribalta: riconosciuta l'esistenza di un obbligo di tutela penale – il quale, lo ribadiamo, implica un dover essere costituzionale sul contenuto della legislazione – di fronte a questioni di legittimità costituzionale di norme abrogatrici di norme che danno attuazione all'obbligo, la Corte ritiene invece il proprio intervento perfettamente legittimo anche nella prospettiva di un accoglimento *in malam partem*.

Insomma, com'è stato osservato, l'assenza di un «ricorso in carenza» di fronte alla Corte costituzionale implica che l'«omessa attuazione» di simili obblighi, sia essa totale o parziale, renda queste clausole «irrilevanti», mentre tutto cambia nell'ipotesi di «successiva depenalizzazione/decriminalizzazione»³¹⁷. Di

Così M. D'AMICO, *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, IV, 1990, 280, nota 101, la quale sottolinea – richiamando efficacemente un passaggio di G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974, 22, nota 17 – come il sostrato assiologico di operazioni di questo tipo rischi di avvicinarsi pericolosamente a quello di istituti di clemenza come la grazia, i quali finiscono per provocare una rottura nel diritto posto attraverso il diritto «giusto», secondo una logica che in passato traeva legittimazione dall'ideologia che innervava l'assolutismo monarchico.

³¹⁵ Rinviamo qui alla giurisprudenza passata in rassegna in I.4.

³¹⁶ Com'è stato infatti osservato, la fattispecie di reato introdotta dalla legge n. 110 del 2017 (art. 613-bis cod. pen., «Tortura») presenta serie problematiche sul versante della capacità di approntare un'effettiva tutela di fronte alle condotte che con la stessa si intendevano criminalizzare (S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, cit., 244 ss.).

³¹⁷ C. SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 182 s. E in relazione a obblighi derivanti dai trattati internazionali, il discorso non appare molto diverso, essendosi sostenuto che «la legge – o l'atto avente forza di legge – che attuasce nel nostro ordinamento un trattato internazionale che “punisce” una certa condotta costituirebbe un vero e proprio “limite” nei confronti dell'attività legislativa successiva», rilevando ai fini di un giudizio di legittimità costituzionale appuntato intorno al parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost. (A. BONOMI, *La discrezionalità assoluta del legislatore nel prescegliere l'“oggetto” di tutela penale: un teorema da rivedere nel suo “impianto concettuale” e nei suoi “risvolti processuali”*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella*

conseguenza, le possibilità d'intervento della Corte costituzionale sul punto trovano una concretizzazione nell'eventualità di vuoti di tutela determinati da «sopravvenute abrogazioni o mitigazioni del regime penalistico originariamente assegnato dal legislatore a determinate condotte»³¹⁸: a essere passibile di una declaratoria d'illegittimità è, in questi casi, l'intervento legislativo su disposizioni che diano attuazione agli obblighi di tutela.

È in ogni caso interessante osservare come, su questo fronte, l'espansione della penalità si accompagni a una simultanea, potenziale espansione del sindacato di legittimità costituzionale. Un sindacato che svela su questa dorsale una dimensione spiccatamente complessa, intrinsecamente problematica: la giustizia costituzionale esercitata dai giudici di Palazzo della Consulta è qui chiamata a far salvo il mantenimento nel diritto vigente di norme che tutelano sì diritti fondamentali, ma che nel farlo ne comprimono gravemente altri. Su questo fronte, nel momento in cui attua il dover essere di tutela penale, l'esercizio della funzione legislativa vincola dunque sé stesso. Il quadro che emerge implica quindi una discrezionalità legislativa pressoché insindacabile sul versante della non-attuazione del dover essere costituzionale, rispetto al quale pare configurarsi una vera e propria zona franca dal sindacato di legittimità costituzionale – ed ecco riemergere la riserva di legge come principale premessa della sua ampiezza in materia penale – e al contempo decisamente – meglio: *eccessivamente*³¹⁹ – ridotta nel momento in cui la legge attui invece simili obblighi. Ferma restando tutta l'opinabilità di omissioni legislative di fronte a istanze di tutela la cui legittimazione è, alla luce dell'assiologia costituzionale, preclara³²⁰, ci si può chiedere se risponda al dover essere costituzionale anche l'assoluta inibizione al legislatore, dopo una prima attuazione dell'obbligo, di un ritorno sui propri passi, impedendo così in radice il dispiegarsi della normatività del principio di sussidiarietà, e dunque il ricorso alla sanzione penale come *ultima ratio*³²¹.

giurisprudenza costituzionale, cit., 129 s.).

³¹⁸ Così, O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Padova, 2021, 185 s., la quale osserva che analoghe considerazioni dovrebbero svolgersi nel caso di modifiche legislative che portassero la tutela apprestata in precedenza «al di sotto della soglia minima essenziale imposta dal rilievo costituzionale del bene o dell'interesse, la determinazione della quale è a sua volta oggetto di una delicata operazione di bilanciamento».

³¹⁹ Osserva ad esempio rispetto agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 168 s. che «un sistema penale che voglia mantenere relativo il valore della pena», andrebbe concepito come un «circuito» in cui le scelte di criminalizzazione «entrano ma possono anche uscire», mentre ciò non vale per gli obblighi in questione, con la conseguenza che la violazione dell'obbligo di tutela derivante da un'eventuale depenalizzazione finirebbe per violare «una componente essenziale» della riserva di legge penale «che, ponendosi a garanzia del valore relativo della pena, deve garantire la possibilità di rimettere in discussione le opzioni di penalizzazione».

³²⁰ Si pensi ad esempio alle vicende relative all'introduzione nel diritto italiano del reato di tortura.

³²¹ Si legge nella sentenza n. 37 del 2019 (rel. Viganò) in un passo che per la sua limpidezza può esser utile riportare per intero, che «dal riconoscimento di un diritto come “fondamentale” non discende, necessariamente e automaticamente, l'obbligo per l'ordinamento di assicurarne la tutela mediante sanzioni penali: tanto la Costituzione quanto il diritto internazionale dei diritti umani lasciano, di regola, il legislatore (e più in particolare il Parlamento, naturale depositario delle scelte in materia penale in una società democratica) libero di valutare se sia necessario apprestare tutela

Sono in gioco visioni differenti del paradigma costituzionale della legalità penale e, con esso, della latitudine della discrezionalità legislativa. Quel che è certo è che entrambe le prospettive prestano seppur a proprio modo il fianco a diverse problematiche: quella per cui il legislatore può tornare sui suoi passi apre le porte alla possibilità di formazione di ampie zone franche nel sindacato di legittimità costituzionale; quella che preclude al legislatore di tornare sui suoi passi intacca invece alla radice l'istanza democratica, di libertà politica, che innerva l'istituto della riserva di legge, impedendo un ripensamento nello sviluppo dei principi costituzionali proprio di fronte a situazioni di massima compressione dei diritti fondamentali. Si tratta di rischi differenti, la cui gravità dipende dalla posta in gioco. Il fatto che la pena non sia un valore in sé³²², suggerirebbe secondo certe letture di abbracciare la prima prospettiva; il fatto poi che la legalità penale per come tratteggiata dalla Costituzione sia stata identificata dalla Corte costituzionale come un principio supremo³²³ appare indubbiamente un importante argomento a sostegno della prima lettura, peraltro in consonanza con l'idea di una costituzione aperta e innervata dal pluralismo; argomenti a cui si aggiunge la segnalazione di non meno gravi problematiche sul fronte giurisdizionale³²⁴. In questa prospettiva, il rischio di incorrere nell'«arbitrio del non punire»³²⁵ sembrerebbe in definitiva il costo, non risibile ma – se si vuole – tragicamente accettabile, che si verrebbe a pagare. Un costo che, aggiungiamo, non deve neppure far dimenticare che tanto il diritto dell'Unione europea quanto il sistema CEDU dispongono di strumenti in grado di porre lo Stato inadempiente – pur con tutti gli eventuali limiti del caso – di fronte

penale a un determinato diritto fondamentale, o se – invece – il doveroso obiettivo di proteggere il diritto stesso dalle aggressioni provenienti dai terzi possa essere efficacemente assicurato mediante strumenti alternativi, e a loro volta meno incidenti sui diritti fondamentali del trasgressore, nella logica di ultima ratio della tutela penale che ispira gli ordinamenti contemporanei» (punto 7.3 del *Considerato in diritto*).

³²² Pensiamo ancora alle osservazioni di C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 320 sulla relatività della pena.

³²³ *Ibidem*. Sul punto torneremo in ogni caso compiutamente poco oltre (I.6.2.).

³²⁴ Come sottolinea V. MANES, *Dalle garanzie per il reo alla tutela delle vittime: il problema "aperto" degli obblighi positivi di tutela penale e della loro vincolatività per gli Stati*, in Id. e M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020, 299 in relazione agli specifici obblighi di tutela discendenti dalla CEDU, questi non implicherebbero soltanto problemi in ordine alla questione della discrezionalità del legislatore, ma anche sul fronte del giudice, che potrebbe così ritrovarsi di fronte a un «conflitto tra obblighi di fedeltà» alla legalità costituzionale da un lato e alla legalità convenzionale dall'altro. Quanto alle problematiche sottese invece al rapporto col diritto dell'Unione, se è vero che il giudice dispone a differenza che nel caso della CEDU della «mossa del cavallo» della non applicazione (C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2012, 494) 'mossa' peraltro valida e utile nella misura in cui sia consentito farvi ricorso nel quadro delle dinamiche normative del criterio di competenza e il giudice sia chiamato ad applicare norme provviste di efficacia diretta, restano tuttavia sullo sfondo problemi non troppo dissimili.

³²⁵ Prendendo in prestito una nota immagine di F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. Bertolino, L. Eusebi e G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2645 ss., il quale sostiene peraltro la tesi per cui dinanzi a simili obblighi di tutela si configurerebbero addirittura limitazioni di sovranità della specie di quelle indicate dall'art. 11 Cost., dinanzi alle quali la riserva di legge penale non sarebbe dunque passibile di assurgere a contro-limite.

alle sue responsabilità³²⁶. D'altro canto, v'è anche chi ritiene che invece questa apertura del 'circuito' penale europeo solo in entrata quanto a scelte di criminalizzazione sia sostenibile, in quanto l'armonizzazione realizzata per mezzo delle direttive europee non implicherebbe «un'espansione indefinita dei fatti previsti come reati su scala UE, per l'inammissibilità di un contrario processo di riduzione delle aree di illiceità penale», ma «significa solo ritenere che quest'ultimo processo debba essere anch'esso innescato da atti normativi UE»³²⁷: questa prospettiva, com'è ovvio, implica evidentemente una lettura più pregnante del grado d'integrazione europea e delle intersezioni ordinamentali.

Dal canto suo, la Corte costituzionale sembrerebbe aver abbracciato una prospettiva differente. Se fino all'inizio degli anni Duemila i giudici di Palazzo della Consulta avevano infatti continuato a far valere la tesi dell'inammissibilità delle questioni di legittimità di norme abrogative di norme penali più favorevoli³²⁸, con la nota e già richiamata sentenza n. 28 del 2010 (rel. Silvestri) avrebbero invece finito per dichiarare incostituzionale una norma non penale che sottraeva le ceneri di pirite alla categoria dei rifiuti, la quale impediva così l'applicabilità delle pene previste per la gestione illegale dei rifiuti, in aperto contrasto con le direttive europee in materia. Orientamento confermato sia pur incidentalmente con l'importante sentenza n. 32 del 2014, in cui il discorso sugli obblighi di tutela penale – nel caso di specie derivanti dal diritto dell'Unione europea – emerge esplicitamente³²⁹. Orientamento a cui, peraltro, la Corte ha dato seguito anche più di recente³³⁰.

6. Il paradigma costituzionale della legalità penale.

Una riflessione intorno alle premesse costituzionali dell'ampia discrezionalità legislativa in materia penale non può non confrontarsi almeno con un ultimo

³²⁶ Pensiamo, ad esempio, all'apertura di una procedura d'infrazione sul fronte del diritto dell'Unione, o all'eventuale condanna dello stato per difetto di tutela da parte della Corte europea sul fronte del diritto CEDU.

³²⁷ A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, 69.

³²⁸ Si veda la già più volte richiamata sentenza n. 161 del 2004 (rel. Flick) in tema di false comunicazioni sociali.

³²⁹ Ci riferiamo all'*obiter dictum* di cui al punto 5 del *Considerato in diritto*, consistente in un passaggio redatto quando la Corte aveva dato già conto delle ragioni dell'accoglimento (relative a un vizio procedurale ex art. 77, secondo comma, Cost.): «È appena il caso di aggiungere che la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea. Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.».

³³⁰ Pensiamo alla sentenza n. 37 del 2019 (rel. Viganò) dove si legge in termini espliciti che l'accoglimento *in malam partem* è ammissibile in caso di violazione di obblighi sovranazionali rilevanti alla luce degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.

elemento: il rapporto fra potere di normazione e latitudine valutativa del giudice. Questa relazione fra prerogative costituzionali dice molto, prima ancora che dell'ampia discrezionalità legislativa in materia, delle stesse premesse costituzionali che la legittimano e al contempo limitano e conformano, in particolare della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. Nel suo consolidato invero interpretativo, quest'istituto implica infatti importanti ricadute in termini di dover essere costituzionale sull'azione di giudici e legislatore: si tratta, in una parola, della tassatività e della determinatezza, principi ad esso ancillari.

6.1. *Determinatezza e tassatività nella dinamica dei bilanciamenti.*

Se è vero che «la norma è giuridica in quanto prescrittiva, valutativa, assiologica, ossia in quanto è norma»³³¹, l'assenza nell'ordinamento costituzionale italiano di una generale, rigidamente definita scala assiologica (*Wertordnung*) non esclude l'emersione di specifiche micro-gerarchie³³². E un esempio molto chiaro lo si evince dalle norme-principio – e dalle norme-regola – che tracciano il profilo delle varie libertà civili riconosciute dalla Costituzione repubblicana³³³, dove i valori sintetizzabili in istanze di ordine e sicurezza collettiva trovano spazi normativi assolutamente eccezionali o comunque assai più contenuti rispetto a quelli propri delle libertà riconosciute alla persona. Se questa premessa è plausibile,

³³¹ Così F. MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 388, il quale discorre del concetto di 'norma giuridica' collocandola nel quadro di «un sistema di valutazioni tendenzialmente coerente» (ivi, 391) il che evidentemente non può che implicare – aggiungiamo – un determinato assetto assiologico alla base della scelta normativa. Si è del resto insegnato che «se l'effetto fisico esprime una necessità di fatto, l'effetto giuridico esprime una necessità assiologica, la necessità di un valore: appunto un'esigenza, un dover essere» (A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 440, il quale ricordava come questo «presupposto assiologico latente in ogni dover-essere è riconosciuto persino da Kelsen, di cui sono ben note le resistenze ad ogni interpretazione etico-materiale dei fenomeni giuridici», ivi, 438). Sul carattere valutativo dell'esercizio di potere normativo, in una differente prospettiva teoretica, è stato scritto che non esistono «leggi di natura o abilità tecniche, che possano consigliare l'esatta soluzione di un problema normativo, la scelta di una od altra regola», perché «Il diritto non è mai neutrale», ma «rottura della neutralità e decisione di una regola», con la libertà umana che trova espressione nel «far valere un'ideologia o una concezione della vita, affacciare bisogni ed esigenze, condurre alla vittoria interessi materiali e spirituali» (N. IRTI, *Per una teoria della norma giuridica* (1999), già in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Roma-Bari, 2009, ora in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 185).

³³² A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 658, il quale individua nella teoria dei valori costituzionali «una tecnica ricostruttiva e interpretativa della Costituzione: una tecnica che, lungi dal sovrapporre una propria gerarchia culturale a quella espressa dalle disposizioni costituzionali, presuppone che ciascuna norma consista in una particolare gerarchia di valori relativa ad una determinata materia». Osserva A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 115 che «qualunque scala assiologica vive un momento di *autochiarimento* in ogni singolo giudizio di valore. Similmente nel bilanciamento tra interessi operato dalle corti costituzionali, la prevalenza dell'uno o dell'altro in virtù dell'applicazione di determinati valori piuttosto che altri, chiarisce le relazioni di *prevalenza-recessione* (ossia quelle che dovrebbero essere le relazioni gerarchiche) tra quei medesimi valori». All'autore da ultimo citato si deve pure la sintetizzazione della tesi di Baldassarre nell'immagine della «micro-gerarchia assiologica» (ivi, 374).

³³³ Il riferimento è alle norme che è possibile trarre dalle disposizioni di cui agli artt. 13 e ss.

l'individuazione nella disposizione di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. di una riserva di legge che delinea chiaramente la punizione come eventualità eccezionale, chiaramente circoscritta nei presupposti e nel modo restituisce l'immagine di un bilanciamento fra libertà e istanze di ordine e sicurezza che, alla luce della Costituzione, può reggersi soltanto alla condizione di fattispecie legislative limitative del primo valore definite con una ragionevole precisione. Il che traccia molto chiaramente il profilo di una micro-gerarchia, perché la positivizzazione assiologica posta dalla norma inquadra la libertà come regola e la limitazione della stessa come tassativa eccezione. È in questo quadro che diventa più chiara la relazione fra discrezionalità legislativa e latitudine valutativa del giudice nell'interpretazione della legge: è un dover essere costituzionale che implica esigenze di precisione che si traducono nell'operatività del principio di *determinatezza* rivolto al legislatore nella previsione delle ipotesi di compressione dei diritti fondamentali, e marcano la chiara preferenza verso interpretazioni delle disposizioni nei casi concreti da parte del giudice improntate al principio di *tassatività*, stante il carattere eccezionale delle compressioni della libertà attraverso l'esercizio potere punitivo. Insomma, fintantoché l'interprete non varchi i «*cancelli delle parole*»³³⁴ – oltre il quale di corretta interpretazione non potrebbe neppure parlarsi – la tassatività nell'ascrizione di significato alla disposizione implica che il verso dell'*estensione*³³⁵ non può alterare il bilanciamento fra valori che emerge dalla morfologia della norma costituzionale di riferimento, perché in caso contrario si perverrebbe a un'interpretazione contraria al dover essere costituzionale e non rispondente alla logica del probabile. E dalla prospettiva del legislatore, la determinatezza implica la necessità che la morfologia delle disposizioni sia sufficientemente precisa non soltanto rispetto alla dorsale che lega l'agire di chi pone la norma esercitando legislazione a chi la interpreta esercitando giurisdizione, ma anche rispetto alla generalità dei consociati, tenuti certo a osservare la legge, ma nella misura in cui questa sia tale da consentire loro di figurarsi «libere scelte d'azione»³³⁶. Un dover essere costituzionale che proprio in materia penale – e in letteratura questo giudizio è notoriamente diffuso – richiede al giudice e al legislatore ancora più rigore, andando al cuore del rapporto fra persona e pubblico potere: in tal senso, la legalità penale acquisisce una centralità assiologica sia sul piano della separazione dei poteri, sia su quello della tutela dei diritti fondamentali, innervando la stessa identità costituzionale della Repubblica.

È in questa prospettiva che può esser utile ripercorrere alcune tappe di una nota vicissitudine giurisprudenziale di qualche anno fa; vicissitudine nella quale la pregnanza normativa della legalità penale per come tracciata dalla Costituzione

³³⁴ Riprendendo una nota immagine di Natalino IRTI, *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, cit., 86, che ne parla come dei «confini entro i quali ha da svolgere la fatica dell'interprete». Può essere in ogni caso opportuno ricordare che la prospettiva dell'autore rimane comunque lontana dalle impostazioni teoriche sull'interpretazione giuridica connotate da una spiccata centralità dei valori, implicata invece dal successivo riferimento – nella nostra riflessione – al nesso fra bilanciamento posto dal dover essere costituzionale e spazi interpretativi.

³³⁵ Sulla distinzione fra significato intensionale e significato estensionale rinviando a quanto detto in I.2.1.

³³⁶ Sentenza n. 364 del 1988, punto 8 del *Considerato in diritto*.

repubblicana si è misurata con il diritto dell'Unione europea in termini problematici e a tratti addirittura conflittuali: la vicenda relativa alla cosiddetta 'regola Taricco'. La rilevanza del caso non si limita alla peculiarità delle sue circostanze, ma va assai oltre: rispetto al processo d'integrazione europea, com'è noto, si realizzano infatti alcune di quelle «limitazioni di sovranità» consentite dalla Costituzione «in condizioni di parità con gli altri Stati» e «necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»³³⁷, ragion per cui un eventuale frizione sul punto della legalità penale, che riflette una delle più dense e significative declinazioni dell'esercizio del potere statale, rappresenterebbe una questione costituzionale dal rilievo non indifferente. Ripercorrere la vicenda Taricco è quindi utile a restituire un ultimo elemento del discorso sulle premesse costituzionali del potere di normazione penale, nella misura in cui lascia importanti apprendimenti – o se si preferisce, conferme – sulla dorsale dei rapporti fra giudici e legislatore.

6.2. *La legalità penale come principio supremo: la vicenda Taricco.*

La complessa vicenda giurisprudenziale trae com'è noto origine nel 2014, dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia di un giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Cuneo³³⁸, col quale veniva chiesto ai giudici del Kirchberg di pronunciarsi sulla conformità al diritto dell'Unione della normativa italiana in materia di prescrizione del reato alla luce della sua applicabilità ai reati commessi in materia di IVA³³⁹.

Qualche mese dopo, la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea avrebbe sottolineato l'idoneità di una disciplina come quella italiana a pregiudicare gli obblighi posti in capo agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE³⁴⁰ nella misura in cui «impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea». Da qui, la Corte di giustizia portava il ragionamento alle sue estreme conseguenze, affermando il dovere in capo al giudice nazionale di dare «piena efficacia» agli obblighi ex art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE attraverso la non

³³⁷ Della norma ascrivibile a questo frammento di disposizione dell'art. 11 Cost. si è com'è noto valorizzata la natura di principio (C. PINELLI, *Diritto pubblico*, cit., 180) in una prospettiva di apertura a integrazioni e ulteriori sviluppi della normatività – in consonanza con una visione bettiana dei principi – al punto che si è sottolineato come rispetto al fine del perseguimento della pace e della giustizia fra le nazioni l'articolo si riferisca «sia ai trattati che realizzano quel fine in modo diretto e specifico, sia a quelli che lo attuano in modo indiretto» (A. CASSESE, *Art. 11*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 583).

³³⁸ L'ordinanza è datata 17 gennaio 2014, est. Boetti.

³³⁹ Valutazione da svolgere alla luce degli artt. 101, 107 e 119 TFUE.

³⁴⁰ «L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione» (par. 1). «Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari» (par. 2).

applicazione, «all'occorrenza», delle disposizioni nazionali passibili di impedire allo Stato il rispetto di detti obblighi. Questo, in sintesi, il contenuto della sentenza *Taricco*³⁴¹.

Chiaramente, una conclusione del genere poneva gravi interrogativi intorno al rapporto fra legalità penale costituzionale e primazia del diritto dell'Unione europea: non soltanto la non applicazione – 'disapplicazione', secondo il lessico della Corte di giustizia³⁴² – individuata come soluzione di fronte alle ipotesi prospettate avrebbe dispiegato una normatività sfavorevole rispetto a persone che avrebbero invece dovuto essere prosciolte per decorso del termine di prescrizione del reato secondo la legge penale nazionale, ma soprattutto avrebbe posto serie questioni sul piano della retroattività delle norme penali e su quello del principio di determinatezza, per non dire del più complesso assetto dei rapporti fra diritto nazionale e diritto europeo. Non a caso, la pronuncia *Taricco* è stata seguita da incertezze giurisprudenziali su alcuni dei nodi interpretativi che la stessa aveva lasciato irrisolti, se non direttamente ingenerato³⁴³. Secondo alcune ricostruzioni, la Corte di giustizia aveva così finito per «frantumare in mille pezzi il principio di legalità penale»³⁴⁴.

Dinanzi ai dubbi sollevati dall'impostazione abbracciata in *Taricco*, la terza sezione

³⁴¹ CGUE, Grande Sezione, *Taricco e altri*, 8 settembre 2015, C-105/14. Invero, nella sentenza *Taricco* si afferma pure l'impossibilità di valutare la disciplina italiana in materia di prescrizione alla luce degli artt. 101, 107 e 119 TFUE in tema di concorrenza, aiuti di Stato e di sana gestione delle finanze pubbliche (questione tuttavia laterale rispetto al nostro discorso).

³⁴² Lessico che però non sembra affatto riflettere, a rigore, il fenomeno. Mentre infatti la *non applicazione* implica norme non riconducibili allo stesso ordinamento, la *disapplicazione* si riferisce infatti a un atto invalido per contrasto con un altro atto dello stesso ordinamento. La non applicazione, nell'impostazione abbracciata da *Granital* in poi (sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, rel. La Pergola) implica invece la logica degli ordinamenti «autonomi e distinti, ancorché coordinati». Riprendendo un fondamentale passo di questa pronuncia, «Il regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statuale, e ad opera delle sue fonti. Del resto, la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta - è stato detto nella sentenza n. 232/75, e va anche qui ribadito - nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario. Il regolamento, occorre ricordare, è reso efficace in quanto e perché atto comunitario, e non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni». Non disapplicazione, dunque, ma inapplicabilità nei termini precisati dalla Corte costituzionale. «Lo Stato si *auto-limita*», osserverà anni dopo il redattore di questa storica pronuncia, «e fa arretrare il proprio ordinamento dal campo occupato dal diritto comunitario suscettibile di immediata applicazione. In quel campo, la legge italiana scompare: essa è *invisibile*, dunque, prima ancora che *inapplicabile*, agli occhi del giudice interno» (A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003, 3432). Il fatto la stessa Corte costituzionale faccia talvolta riferimento alla disapplicazione – termine il cui utilizzo in questi termini è abbastanza diffuso pure in letteratura – non fa venir meno la distinzione.

³⁴³ Una ricostruzione di queste incertezze si rinviene ad esempio in A. NATALE, *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Quest. giust.*, 7 dicembre 2017.

³⁴⁴ I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., 78.

della Corte di cassazione³⁴⁵ e la Corte d'appello di Milano³⁴⁶ avevano quindi rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 2 legge n. 130 del 2008 («Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007») nella parte in cui autorizzava alla ratifica e rendeva esecutivo quanto disposto dall'art. 325, par. 1 e 2, TFUE per come interpretato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*³⁴⁷. In ambo i casi, i giudici rimettenti dubitavano della legittimità costituzionale della necessità di decidere i processi nel merito nonostante il decorso dei termini di prescrizione, al ricorrere delle condizioni poste dall'art. 325, par. 1 e 2, TFUE per contrasto con i «principi supremi» dell'ordine costituzionale espressi dalle disposizioni di cui agli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma e 101, secondo comma, Cost., specie in relazione al paradigma costituzionale della legalità penale sotto i profili del divieto di retroattività e del principio di determinatezza.

Com'è noto, nel dare risposta alle questioni prospettate dai giudici *a quibus*, la Corte costituzionale aveva a sua volta optato per una decisione interlocutoria, scegliendo la via del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (ordinanza n. 24 del 2017, rel. Lattanzi) accompagnato da una serie di argomentazioni che meritano di essere ripercorse.

Nell'ordinanza del 2017 i giudici di Palazzo della Consulta premettono infatti che, seppur il primato del diritto dell'Unione sia «un dato acquisito» della sua giurisprudenza alla luce dell'art. 11 Cost., «l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia»; di conseguenza, nell'ipotesi «sommamente improbabile» del venir meno di quest'osservanza, la Corte dovrebbe dichiarare l'incostituzionalità della legge di autorizzazione alla ratifica e di esecuzione dei trattati europei, «per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi»³⁴⁸. Considerazione a cui si accompagna l'identificazione del paradigma costituzionale della legalità penale come espressione di un principio supremo³⁴⁹, «posto a presidio dei diritti inviolabili

³⁴⁵ Cass. pen., Sez. III, ordinanza dell'8 luglio 2016, est. Riccardi (n. 212 reg. ord. 2016).

³⁴⁶ Corte d'appello di Milano, Seconda Sez. pen., ordinanza del 18 settembre 2015, est. Locurto (n. 339 reg. ord. 2015).

³⁴⁷ La disposizione di cui all'art. 2 legge n. 130 del 2008 riguarda infatti l'ordine di esecuzione del trattato («Piena ed intera esecuzione è data al Trattato di cui all'articolo 1, a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in conformità a quanto disposto dall'articolo 6 del Trattato stesso»).

³⁴⁸ Punto 2 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*. La Corte richiama qui le sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984 e n. 232 del 1989.

³⁴⁹ *Ibidem*. Vale la pena sottolineare la distinzione concettuale, tutt'altro che irrilevante, fra il concetto di 'principio supremo' e quello di 'controlimito'. I principi supremi sono infatti principi «che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali», e che afferiscono sia ai limiti assoluti al potere di revisione riconducibili al dover essere della «forma repubblicana» di cui all'art. 139 Cost., sia «all'essenza dei valori supremi sui cui si fonda la Costituzione italiana» (sentenza della Corte costituzionale n. 1146 del 1988). I controlimiti afferiscono invece più precisamente al «cammino comunitario della Corte» (P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.), e dunque all'estensione delle limitazioni di sovranità di cui parla l'art. 11 Cost. Posto che le

dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva». Premessa di fronte alla quale la Corte asserisce di avere il compito di impedire l'eventuale ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola ascrivibile all'art. 325 TFUE che sia passibile di violare i principi ascrivibili all'idea di legalità penale espressa dalla Costituzione³⁵⁰. Tutta la questione ruotava in definitiva attorno al significato ascrivito alla disposizione di cui all'art. 325 TFUE; meglio, essendo la Corte di giustizia garante dell'interpretazione uniforme e della corretta applicazione del diritto dell'Unione in «cooperazione diretta» coi giudici nazionali nel quadro tracciato dall'art. 267 TFUE³⁵¹, la questione ruotava più precisamente attorno al significato ascrivito alla disposizione di cui all'art. 325 TFUE *dalla Corte di giustizia*. Da qui la decisione, accompagnata da una serie di ulteriori argomentazioni³⁵², per l'opportunità di rivolgersi ai giudici del Kirchberg³⁵³. Nel porre i termini della questione interpretativa rimessa alla Corte di giustizia, la Corte costituzionale pone l'accento sul fatto che la normatività dispiegata dalla riserva di legge penale – e dall'ancillare principio di determinatezza – implica che al giudice «non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale», quali sarebbero quelle legate all'applicazione di norme in materia di prescrizione il cui contenuto verrebbe determinato dai tribunali caso per caso. Una conclusione «senza dubbio vietata dal principio di separazione

stesse evoluzioni della giurisprudenza costituzionale sul punto hanno in qualche modo portato a leggere comunemente le due categorie come «interscambiabili», è stato infatti dimostrato come proprio gli sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale dimostrino la non sostenibilità di una loro completa identificazione; com'è stato osservato, più i controlimiti «vengono giocati sul mobile terreno dei bilanciamenti e delle interazioni fra corti, anziché quali strumenti di minacci di dissoluzione dei vincoli sovranazionali, più traspare la loro distanza dai principi supremi in quanto limiti alla revisione costituzionale. Quel che vale come controlimite non sempre può valere come principio supremo. E, naturalmente, viceversa, se solo si consideri che l'accennata proiezione dei principi supremi su tante disposizioni della Costituzione non potrebbe acquisire i contorni di un controlimite senza aver previamente esperito un giudizio di equivalenza con gli enunciati dettati in materia dalle carte o dai trattati europei» (C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, 2019, 499). Tra l'altro, guardando al punto di partenza della giurisprudenza costituzionale italiana – e un discorso analogo vale pure per quella tedesca – sulla riserva di giurisdizione rispetto al trattato di Roma tratteggiata a inizio anni Settanta, è stato sottolineato come l'identità degli ordinamenti costituzionali alla base dell'elaborazione di questa stessa riserva «non doveva rintracciarsi nella sovranità dello stato ma nei principi costituzionali sui diritti fondamentali della persona» (così, sempre C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002, 120). Un punto quantomai significativo, che al netto delle successive evoluzioni delle giurisprudenze delle corti costituzionali e della Corte di giustizia aiuta a cogliere come, al di là dei tentativi di riposizionamento degli interpreti del *judge-made system*, l'essenza assiologica di fondo delle costituzioni democratiche europee del secondo dopoguerra come quella italiana e quella tedesca vada rintracciata esattamente nella centralità del discorso sui diritti fondamentali.

³⁵⁰ Punto 2 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

³⁵¹ CGUE (seduta plenaria), parere 1/09 dell'8 marzo 2011, § 84. Per consolidata interpretazione dell'art. 267 TFUE, il rinvio pregiudiziale è infatti tratteggiato come «uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, per mezzo del quale la prima fornisce ai secondi gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione loro necessari per risolvere la controversia che essi sono chiamati a dirimere» (CGUE, Grande Sezione, *Ognyanov I*, 5 luglio 2016, C-614/14, § 16).

³⁵² La Corte costituzionale si sofferma in particolare sull'operatività della riserva di legge penale anche rispetto all'istituto della prescrizione (punti 4 e 5).

³⁵³ Punto 3 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale». Dal che il dubbio circa il fatto che la regola *Taricco* sia in grado di definire in maniera adeguata i limiti della latitudine valutativa del giudice³⁵⁴. E del resto, è proprio sulla necessità di determinatezza dei precetti molto più che sulla natura dell'istituto della prescrizione del reato che sembrano imperniare le argomentazioni dei giudici di Palazzo della Consulta. Tant'è che si giunge all'affermazione per cui gli ordinamenti costituzionali di esperienze di *civil law* «ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire»³⁵⁵.

Posti i termini della questione, il resto dell'ordinanza si incentra invece sul rapporto fra diritto nazionale e diritto europeo, riconoscendo alla Corte di giustizia il suo fondamentale ruolo nell'interpretazione del secondo, e tuttavia rivendicando con molta chiarezza l'idea che, in Italia, «la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale» spetti proprio alla Corte costituzionale. E così, la stessa Corte costituzionale prospetta alla Corte di giustizia una lettura della disposizione di cui all'art. 325 TFUE per cui la regola dalla stessa espressa sarebbe applicabile soltanto «se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro», nel quadro di una verifica che in Italia è compito del giudice costituzionale: nel caso di un'interpretazione di questo tipo – si legge – «cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta», mentre in caso contrario sarebbe compito della stessa Corte «escludere che la regola possa avere applicazione in Italia»³⁵⁶. D'altronde, sempre i giudici di Palazzo della Consulta sottolineano come il diritto costituzionale italiano appronti una tutela di livello più elevato nei confronti degli imputati; una tutela che al contempo non avrebbe scalfito il primato del diritto europeo, dal che sarebbe «proporzionato» il rispetto di questo standard di tutela da parte dell'Unione³⁵⁷.

La Corte costituzionale poneva così alla Corte di giustizia tre distinte questioni, chiedendo peraltro di deciderle con procedimento accelerato: 1) se l'art. 325, par. 1 e 2, TFUE dovesse essere interpretato in un senso tale per cui la non applicazione delle norme in tema di prescrizione fosse imposta al giudice nazionale nelle ipotesi di cui alla sentenza *Taricco* anche nel caso in cui un simile atto risultasse sprovvisto «di una base legale sufficientemente determinata»; 2) se l'art. 325, par. 1 e 2, TFUE dovesse essere interpretato nel senso di imporre al giudice la non applicazione delle norme in tema di prescrizione «anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità»; 3) se la sentenza *Taricco* dovesse interpretarsi nel senso di imporre al giudice nazionale la non applicazione delle norme in tema di prescrizione anche nell'ipotesi di conflitto «con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

La pubblicazione dell'ordinanza di rinvio sarebbe stata accompagnata da una vasta

³⁵⁴ Punto 5 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

³⁵⁵ Punto 9 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

³⁵⁶ Punto 7 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

³⁵⁷ Punto 8 del *Ritenuto in fatto e considerato in diritto*.

letteratura a commento. Pronuncia ritenuta ambigua, passibile di esser letta come «un atto di apertura verso il dialogo europeo» in una prospettiva d'integrazione ordinamentale, o come «una ulteriore affermazione della superiorità del diritto nazionale, nascosta in una intelligente lettura dei controllimiti»³⁵⁸, l'ordinanza è stata accompagnata dai giudizi più diversi.

Una reazione decisa, «prevedibile e, ancor più auspicabile» alla sentenza *Taricco*³⁵⁹, ma anche una decisione «saggia e prudente»³⁶⁰; una pronuncia «inclusiva e dialogante»³⁶¹ ma anche «solo apparentemente interlocutoria»³⁶², se non addirittura un «ultimatum»³⁶³; un tentativo di «ricerca di un pluralismo costituzionale ordinato»³⁶⁴ ma anche un «manifesto dualista» in cui la Corte «enfattizza la distanza tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo»³⁶⁵; una decisione non necessaria, visto che ci sarebbero stati i presupposti per accogliere la questione di legittimità applicando i controllimiti³⁶⁶, ma anche «l'unica possibilità

³⁵⁸ A. CELOTTO, *Un rinvio pregiudiziale verso il dialogo o per il monologo?*, in *Giur. cost.*, 2017, 185 s. Ci si è non a caso chiesto, da autorevoli studiosi di diritto costituzionale penale, se il rinvio configurasse «una vera richiesta di dialogo» (M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, 103 ss.; interrogativo che si può ritrovare pure in C. CUPELLI, *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, ivi, 94 ss., che si chiedeva se si trattasse o meno di «un vero dialogo»).

³⁵⁹ M. ESPOSITO, *Il potere deliberativo della Corte costituzionale sulle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2017, 186.

³⁶⁰ G. DE AMICIS, *Il caso Taricco e le Corti nel prisma dei controllimiti: dialogo o supremazia?*, in Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 133.

³⁶¹ C. SOTIS, *"Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (Caso Taricco)*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 436, il quale legge individua nella pronuncia l'importante dato per cui, volgendo lo sguardo ad altre note e spinose questioni d'interpretazione delle disposizioni penali, l'adozione del 'criterio ponderale' come traduzione dell'«ingente quantità» di sostanza stupefacente – passibile di configurare, se la si accerta, un'aggravante a effetto speciale – «esonda i limiti di determinabilità» (ivi, 453, punto su cui si veda la pronuncia delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione richiamata dallo stesso autore, n. 36258 del 2012, *Biondi*; un giudizio critico su questa giurisprudenza delle Sezioni unite è espresso anche da M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, ivi, 44). Un esempio lampante di come determinatezza e tassatività come principi costituzionali ancillari alla riserva di legge mettano in stretta relazione la discrezionalità legislativa con la latitudine valutativa del giudice, incidendo non soltanto sui rapporti fra poteri ma, in ultima analisi, sugli stessi diritti fondamentali e sulla loro tutela effettiva.

³⁶² V. MANES, *La Corte si muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 1.

³⁶³ A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controllimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta OnLine*, I, 2017, 81 ss.

³⁶⁴ Ivi, 134.

³⁶⁵ G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controllimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consulta OnLine*, I, 2017, 126.

³⁶⁶ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Oss. cost.*, 1, 2017, 3, il quale osserva che la scelta di praticare il rinvio pregiudiziale «più che a ragioni di diritto processuale, si deve piuttosto ad alquanto scoperte esigenze politico-istituzionali». Posizione peraltro già espressa in ID., *Il brusco risveglio. I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, 1 ss. Alla luce della sentenza *Taricco*, l'applicazione dei controllimiti era stata prospettata anche da G. TARLI BARBIERI, *La "scommessa" dei controllimiti*.

per evitare il ricorso immediato ai controlimiti»³⁶⁷ e dunque «l'unica seria risposta» alle ordinanze di rimessione³⁶⁸; un conflitto non necessario con la Corte di giustizia per alcuni³⁶⁹, ma un conflitto auspicabile per altri³⁷⁰; un'ordinanza «improntata a uno spiccato sovranismo»³⁷¹, ma anche passibile d'esser letta come «un atto di apertura» al dialogo in una prospettiva europea³⁷²; una decisione, ancora, che affermerebbe «la prevalenza del diritto 'normativo' sul diritto 'giurisprudenziale'» nel quadro di una contrapposizione culturale fra paradigmi di *civil* e di *common law*³⁷³.

Quel che è certo è che la Corte costituzionale aveva sì chiarito i punti sui quali non potevano esserci aperture, ma il rinvio dimostrava al contempo un'attitudine alla ricerca di un punto d'incontro³⁷⁴ che nella vicenda nel suo complesso avrebbe poi

Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco, in C. Paonessa e L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016, 180. Della stessa idea anche C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 445 ss., secondo il quale l'attivazione del controlimite individuato dall'autore nella stessa riserva di legge avrebbe marcato «il nuovo inizio di un diritto penale europeo su base legislativa e non più giurisdizionale», il che avrebbe rappresentato un'opportunità «per recuperare la centralità delle garanzie democratiche e rilanciare un'idea forte di Europa del diritto (penale), espressione di una condivisa e consapevole partecipazione alle scelte di politica criminale e del compiuto esercizio della sovranità popolare il nuovo inizio di un diritto penale europeo su base legislativa e non più giurisdizionale».

³⁶⁷ G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti*, cit., 125 ss.

³⁶⁸ D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum di Quad. cost.*, 6 maggio 2017, 3.

³⁶⁹ N. RECCHIA, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 354, il quale prospettava una differente via per tutelare i principi costituzionali, criticando «il mancato esercizio di *judicial restraint*» – nello specifico, l'autore in questione biasimava la Corte per aver fatto ricorso ai controlimiti nell'apparato argomentativo dell'ordinanza, che avrebbe imposto alla Corte di giustizia «un deciso passo indietro» come l'unica soluzione possibile (ivi, 353).

³⁷⁰ G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in C. Paonessa e L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016, 139 ss.

³⁷¹ A. BERNARDI, *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in Id. e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 34. Molto prossima la posizione di R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017, 1 ss. e quella di F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017, ora in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 477, secondo il quale l'ordinanza esprimerebbe «un sovranismo dei diritti fondamentali».

³⁷² Secondo una delle letture ritenute possibili da A. CELOTTO, *Un rinvio pregiudiziale verso il dialogo o per il monologo?*, cit., 183. Parla di «apertura» e di «scelta dialogica» F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, 3, 2017, 288.

³⁷³ R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017, 207.

³⁷⁴ A. LONGO, *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza n. 24 del 2017*, in *Riv. AIC*, 3, 2017, 19, osserva del resto come «un autentico dialogo sia anche porre le

finito in qualche modo per pagare quanto all'esito ultimo.

Di fronte ai dubbi prospettati dalla Corte costituzionale, la Corte di giustizia avrebbe infatti precisato da un lato l'inapplicabilità della 'regola Taricco' ai fatti commessi anteriormente alla sentenza dell'8 settembre 2015, nella quale era stata affermata³⁷⁵; soprattutto, però, avrebbe demandato al giudice nazionale un controllo di compatibilità di questa regola col principio di legalità dei reati e delle pene, patrimonio delle tradizioni costituzionali comuni sancito peraltro anche dall'art. 49 della Carta di Nizza, al cui rispetto l'applicabilità della regola avrebbe dovuto essere subordinata³⁷⁶. Insomma, l'obbligo di non applicazione della normativa interna in tema di prescrizione veniva così ritenuto non configurabile nel caso di «una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato»³⁷⁷.

A distanza di qualche mese, la Corte costituzionale (sentenza n. 115 del 2018, rel. Lattanzi) poteva così mettere la parola fine alla vicenda, asserendo che la Corte di giustizia avrebbe confermato l'ipotesi ricostruttiva prospettata nell'ordinanza di rinvio³⁷⁸, dichiarando così le questioni di legittimità costituzionale non fondate. Senza peraltro rinunciare – il che è significativo – a una serie di puntualizzazioni intorno al «deficit di determinatezza» che avrebbe afflitto la disposizione di cui all'art. 325, par. 1, TFUE³⁷⁹, quella di cui al par. 2³⁸⁰ oltre che della 'regola Taricco' ascritta alla prima delle due disposizioni³⁸¹ e allo stesso enunciato della sentenza *Taricco* relativo ai «casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato», per i quali sarebbero stabiliti «termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»³⁸².

Di particolare interesse, ai nostri fini, i passaggi in cui la Corte costituzionale si sofferma sul principio di determinatezza. Ad esempio quando sottolinea che negli ordinamenti di tradizione continentale, rispetto al diritto scritto

l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della

condizioni che esplicitino i limiti al dialogo stesso».

³⁷⁵ CGUE, Grande Sezione, *M.A. S. e M. B.*, 5 dicembre 2017, C-42/17, § 60.

³⁷⁶ § 51, 52 e 53.

³⁷⁷ § 62.

³⁷⁸ «L'inapplicabilità della “regola Taricco”», si legge nel passaggio finale della motivazione, «secondo quanto riconosciuto dalla sentenza *M.A. S.*, ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione, sicché ha trovato conferma l'ipotesi tracciata da questa Corte con l'ordinanza n. 24 del 2017, ovvero che non vi sia alcuna ragione di contrasto. Ciò comporta la non fondatezza di tutte le questioni sollevate, perché, a prescindere dagli ulteriori profili di illegittimità costituzionale dedotti, la violazione del principio di determinatezza in materia penale sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento» (punto 14 del *Considerato in diritto*).

³⁷⁹ Punto 11 del *Considerato in diritto*.

³⁸⁰ Punto 13 del *Considerato in diritto*.

³⁸¹ Punto 11 del *Considerato in diritto*.

³⁸² Punto 13 del *Considerato in diritto*.

disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo.

Ma la riflessione della Corte si sviluppa ancor più in profondità. Viene infatti precisato che il principio di determinatezza dispiega la propria normatività in due distinte direzioni, garantendo da un lato la funzione giudiziaria fornendole «regole adeguatamente definite per essere applicate», e dall'altro assicurando a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» della possibile illiceità della propria condotta³⁸³. E proprio alla luce di questa seconda dimensione di garanzia – più direttamente legata alla garanzia delle libertà fondamentali – la Corte ritiene quindi che neppure il «progressivo affinamento» giurisprudenziale del significato della 'regola Taricco' avrebbe potuto soddisfare il dover essere costituzionale di determinatezza della norma penale, perché incapace di «colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale»³⁸⁴. Un crinale che porta la Corte a richiamarsi ad alcuni passaggi abbastanza noti della sentenza del 1988 sull'art. 5 cod. pen., nei quali si era affermato che, anche prendendo atto dell'ineludibilità del momento interpretativo perfino per «la più certa delle leggi», nessuna interpretazione può però sostituire integralmente la disposizione scritta, la quale è chiamata a garantire alla persona «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»³⁸⁵.

E così, la vicenda Taricco trovava il suo epilogo, in una prova di dialogo fra corti protagoniste del *judge-made system* che avrebbe suscitato giudizi non meno divisivi di quelli espressi in margine alle varie tappe che l'avevano accompagnata al suo esito ultimo³⁸⁶.

Provando a trarne una sintesi, potremmo arrivare a dire che il principio di determinatezza è non soltanto funzionale alla garanzia della separazione dei

³⁸³ Punto 11 del *Considerato in diritto*. Nel passaggio riportato la Corte richiama le sentenze n. 185 del 1993, n. 5 del 2004 e n. 327 del 2008.

³⁸⁴ *Ibidem*. Viene richiamata ancora la sentenza n. 327 del 2008.

³⁸⁵ Punto 12 del *Considerato in diritto*, nel quale si cita il punto 16 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 364 del 1988.

³⁸⁶ Ad esempio, C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Leg. pen.*, 4 febbraio 2019, 1 parla di «assenza di dialogo (non solo formale) fra le due istanze giudiziarie». E già in margine alla decisione della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale, il funzionamento del *judge-made system* europeo era stato paragonato agli schemi del funzionalismo di Luhmann (A. LONGO, *Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione*, in *Arch. pen.*, 1, 2018, 19) «dove i singoli sistemi sociali si costruiscono e vivono in maniera autopoietica, incapaci di comunicare reciprocamente a causa della loro completa chiusura strutturale e logica»: la traslazione della teoria di Luhmann alle dinamiche di dialogo fra corti «a fini meramente descrittivi» restituirebbe «un quadro della giurisprudenza europea frantumata in poli di giudizio incapaci di un dialogo coerente e, addirittura, di semplice ascolto», dove «ciascun singolo parlante sembra titolare di una propria visione istituzionale e prima ancora di propri stilemi linguistici che però non sono condivisi da coloro che con lui dovrebbero dialogicamente interagire».

poteri³⁸⁷, ma anche – e forse soprattutto – alla garanzia dei diritti fondamentali³⁸⁸. In fondo, il richiamo al concetto delle «libere scelte d'azione» restituisce chiaramente l'idea di un'incidenza profonda della questione della precisione del precetto sul discorso delle libertà fondamentali. Di fronte alla «norma radicalmente

³⁸⁷ Si legge ancora nella sentenza n. 115 del 2018 che al giudice non può attribuirsi «il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)». V. MANES, *La Corte muove*, cit., 2 evidenzia che nella pronuncia «la riaffermazione forte delle garanzie in materia penale» si accompagna all'«evocazione di un assetto costituzionale edificato sulla soggezione del giudice alla legge». I. PELLIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 1, 2017, 114 rinvia in questa enfaticizzazione della relazione fra separazione dei poteri e principio di determinatezza un tratto di originalità della pronuncia nella più ampia giurisprudenza costituzionale in materia. Questo legame fra il dispiegarsi della normatività del principio di determinatezza e la valorizzazione della separazione dei poteri è stato sottolineato anche da M. GAMBARDELLA, *Prevedibilità e sufficiente determinatezza della regola Taricco nel nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 168. Secondo altri, in una prospettiva parzialmente differente, proprio la separazione dei poteri più che la riserva di legge stessa assurgerebbe a «baluardo» funzionale a impedire che vengano seguite letture della primazia del diritto dell'Unione europea funzionali a porre la Corte di giustizia nella condizione «di ridisegnare il diritto penale nazionale in chiave repressiva» (L. BIN, *Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei «promessi contro-limiti»*, ivi, 57).

³⁸⁸ Fra gli altri, E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 58, ci ricorda ad esempio che «a prendere in considerazione i problemi della confusione normativa dal punto di vista delle interazioni tra legislativo e giudiziario ci si accorge anche che i temi delle fonti non riguardano solo l'orizzonte della separazione dei poteri ma hanno un'incidenza notevole sulla protezione dei diritti garantiti dallo Stato costituzionale». Spostando però nuovamente lo sguardo sulla vicenda Taricco, è interessante riprendere un passo di F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016, 26, il quale osserva che «la battaglia che si vorrebbe combattere, sulla base di una concezione della legalità penale del tutto anomala nell'orizzonte europeo, a tutto vantaggio di autori di reati gravi che mirano soltanto a conquistare il traguardo della prescrizione garantito loro da una legislazione sconclusionata, e senza che sia in gioco alcun loro diritto fondamentale, si presenta in partenza come una battaglia per una cattiva causa». A nostro giudizio è senz'altro condivisibile il rilievo dello stesso autore per cui la morfologia dell'istituto della prescrizione in Italia è opinabile assurga a questione di «identità costituzionale» (ivi, 35) perché *de iure condendo* si potrebbe senz'altro teorizzare l'impiego di altri istituti a garanzia delle istanze tutelate oggi dalla prescrizione; e tuttavia, riprendendo il passo riportato, sentiamo invece di dover marcare un dissenso rispetto all'affermazione che in gioco non vi fosse una questione di tutela dei diritti fondamentali, perché era proprio una certa idea di libertà e di garanzie della stessa a connotare la vicenda nel suo complesso. Si pensi anche solo al denso significato che le «libere scelte d'azione» di cui parla la Corte costituzionale richiamando la sentenza sull'art. 5 cod. pen. rivestono nella complessiva assiologia costituzionale, innervandone la stessa identità: il concetto delle «scelte d'azione», per come tratteggiato dal Giudice delle Leggi, va infatti al cuore della questione dell'esercizio delle libertà fondamentali garantito dalla Costituzione repubblicana.

oscura»³⁸⁹, la persona è in fondo in balia del potere, pubblico o privato che sia³⁹⁰; il che è tanto più grave dinanzi a un potere punitivo che assume le sembianze di un «diritto penale incerto» e cionondimeno «efficace»³⁹¹. Problema che si sovrapporrà senz'altro a parte delle questioni relative ai rapporti fra poteri, ma andando al tempo stesso oltre: è il rapporto fra la persona e la collettività e le sue strutture normative e organizzative, se vogliamo, il cuore della questione dell'intellegibilità della legge³⁹². Legge – soprattutto quella parlamentare – che sarà in crisi³⁹³, spesso

³⁸⁹ Per riprendere un'espressione recente ma già assai nota della Corte costituzionale, utilizzata nella sentenza n. 110 del 2023 (rel. Viganò): «Una norma radicalmente oscura, d'altra parte, vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.». Che simili affermazioni siano state fatte nella motivazione di una pronuncia su una norma non riconducibile alla materia penale (dichiarata poi illegittima in un giudizio che aveva come parametro l'art. 3 Cost.) alla luce del dover essere costituzionale non ci appare motivo di particolare stupore. Se è infatti vero che determinatezza e tassatività sono come abbiamo più volte sottolineato principi ancillari alla riserva di legge – non solo a quella di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. – d'altro canto non è neppure sostenibile che la determinatezza s'imponga come dover essere costituzionale soltanto al ricorrere di aree normative coperte da una riserva di legge. La riserva di legge impone infatti che le scelte caratterizzanti della disciplina di «certi oggetti» (F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, cit., 175) sia demandata alla legge, e che questa disciplina sia connotata da una precisione del precetto sufficientemente elevata e rispondente al bilanciamento assiologico positivizzato dalla Costituzione (determinatezza) e interpretata in un senso rispettoso del bilanciamento stesso (tassatività). Detto questo, è chiaro che l'essere il principio di determinatezza ancillare alla riserva di legge non implica affatto una sua mancanza di autosufficienza nell'esperienza costituzionale in assenza di una riserva: in una esperienza ordinamentale in cui i principi sono bettianamente intesi come norme-inizio, il principio di determinatezza potrebbe del resto essere ricostruito muovendo da diversi punti di vista, dalla questione dell'eguaglianza a quella della separazione dei poteri – come fa la Corte nella sentenza n. 110 del 2023 – fino allo stesso principio di legalità, assurgendo in ogni caso a ponte dell'attuazione, dell'integrazione e dello sviluppo di norme-principio attraverso altre norme.

³⁹⁰ Le grandi trasformazioni del nostro tempo ci sembra legittimino il nostro richiamare l'idea dei poteri privati, alla base peraltro di rilevanti questioni politiche, economiche e sociali con le quali il costituzionalismo è oggi chiamato a misurarsi. Come del resto sottolinea, sollecitando la costituzionalistica ad abbracciare queste nuove sfide in tutta la loro gravità, C. PINELLI, *Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati*, in *Econ. pubbl.*, 1, 2023, 115 ss.

³⁹¹ Secondo l'efficace aggettivazione di Filippo SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1193 ss., il quale concludeva la propria analisi sollecitando l'«educazione dei cittadini alla produzione giuridica», funzionale a «riconquistare privatisticamente e pattizamente la certezza della norma di comportamento», ad esempio tramite i protocolli di comportamento che connotano varie aree del vivere civile, o esperienze come i comitati etici e deontologici, e così via: «La supremazia della legislazione è andata in crisi», chiosava Sgubbi, «Prevalgono fonti extralegislative e prevale il diritto giurisprudenziale. Riemerge allora con prepotenza quel diritto pattizio che ha contribuito alla nascita delle società libere e aperte» (ivi, 1199 s.). Certo ci si può chiedere se ciò basti davvero a recuperare «quel livello di prevedibilità operativa che la legge non è più in grado da sola di assicurare».

³⁹² Si legge in un passo della ben più risalente sentenza n. 185 del 1992 che «vi sono requisiti minimi di riconoscibilità e di intellegibilità del precetto penale - che rappresentano anche, peraltro, requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa - in difetto dei quali la libertà e la sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate».

³⁹³ Un tema su cui la letteratura sedimentatasi è a dir poco copiosa. Basti qui riprendere, quanto al nostro campo d'analisi, lo sconcertante giudizio espresso qualche anno fa da un'autorevole studiosa del diritto costituzionale penale: «La perdita di centralità della legge del Parlamento nel sistema

oscura³⁹⁴, meno generale e astratta³⁹⁵ e sempre più precaria³⁹⁶; e legge che tuttavia continua rimanere centrale nel discorso sulle libertà fondamentali, perché rappresenta il principale strumento per il loro realizzarsi, fornendo ai giudici un campo semantico nel quale muoversi in fase interpretativo-applicativa, garantendo la persona dagli arbitri dell'amministrazione e, tramite la giustizia costituzionale, da quelli della legge stessa³⁹⁷. In breve, pur con tutti i *caveat* e le ipotesi distorsive del caso – aspetti ben noti alla letteratura giuridica – nell'esperienza ordinamentale dell'Italia repubblicana *legge e libertà stanno e cadono insieme in un rapporto che innerva la stessa identità costituzionale*³⁹⁸. Del resto, si è non a caso osservato che,

delle fonti, unita anche allo scadimento della qualità della legislazione, sono i fattori che determinano la crisi di un settore nel quale domina il principio che affida al legislatore le scelte di politica criminale, pretendendo da parte dello stesso la capacità di produrre norme chiare e precise» (M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 6).

³⁹⁴ Riprendendo un'aggettivazione utilizzata, fra gli altri, in un noto volume di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010.

³⁹⁵ Questo è invero un elemento non recente, che si tende ad ascrivere al passaggio dallo stato liberale allo stato costituzionale (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 44) e che tuttavia non rappresenta la causa di uno scadimento qualitativo della legislazione determinato piuttosto da altri elementi, quali «il bisogno di regolazione derivante dalla liberalizzazione dei mercati, l'esigenza di ristrutturare conformemente gli apparati pubblici, la domanda di sicurezza provocata dai nuovi prodotti tecnologici, la necessità di articolare, se non di organizzare, il crescente pluralismo sociale e istituzionale» (C. PINELLI, *Le regole sulla qualità della legislazione e il principio di sussidiarietà*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 62 ss.).

³⁹⁶ Richiamando la ricerca di E. LONGO, *La legge precaria*, cit., il quale sottolinea fra le altre cose come la precarizzazione della legge ne implichi una trasformazione, caratterizzandosi «più come uno strumento per governare interessi particolari immediati che come mezzo per garantire interessi generali» (ivi, 36). Di più. «Le vicende legate alle fonti del diritto», sottolinea l'autore, «hanno effetti di non poco momento pure sulla nostra forma di stato e mettono a rischio sia la tutela di essenziali diritti e interessi costituzionali dei singoli e dei gruppi sia il rispetto degli spazi di autonomia che la nostra Costituzione garantisce a favore delle autonomie territoriali» (ivi, 53).

³⁹⁷ Si pensi dunque a quanto grave sia ad esempio, l'assenza nell'esperienza ordinamentale italiana (ma non solo) di una legge che disciplini al dettaglio il trattenimento di persone migranti nei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR); luoghi dove avviene «quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (Corte costituzionale, sentenza n. 105 del 2001, rel. Mezzanotte); nonostante la gravissima incidenza sulla libertà personale, e a differenza di quanto avviene ad esempio in relazione all'ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975) la persona è qui lasciata in balia di amplissimi spazi di discrezionalità amministrativa. Non è del resto un caso che vari studiosi, specialisti di diverse branche del diritto, abbiano sollevato critiche sulla legittimità di simili strutture normative, evidenziando peraltro la pressoché totale fungibilità di questi centri alle strutture penitenziarie (pensiamo ad esempio ai rilievi di A. PUGIOTTO, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3, 2014, 573 ss. e a quelli di ALB. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2014, 17 ss.). È un esempio lampante di quanto stretto, e in quanto tale problematico e centrale sia, nell'attuale esperienza costituzionale italiana e in altre per questi aspetti comparabili, il nesso fra legge e libertà.

³⁹⁸ Con il che non escludiamo certo l'astratta possibilità che le libertà possano ricevere una tutela al di là della legge in esperienze giuridiche differenti, caratterizzate da altrettanto differenti assetti delle fonti del diritto. D'altro canto, la centralità del rapporto legge-libertà ci appare, nell'attuale esperienza ordinamentale italiana, un dato imprescindibile. E ciò al netto della perdurante crisi della legge stessa.

nel chiudere la vicenda Taricco, la pronuncia della Corte costituzionale «difende un paradigma culturale, più che un singolo principio di legittimazione»³⁹⁹. Quello stesso paradigma alla base della riserva di legge.

Sono solo alcune delle conseguenze dell'assunzione della legalità penale – meglio: della determinatezza delle norme penali⁴⁰⁰ – a principio supremo dell'ordinamento costituzionale. Del resto, sarebbe quantomeno riduttivo – se non assai poco plausibile – sostenere che la difesa dell'assetto delle fonti del diritto e della soggezione del giudice alla legge da parte della Corte costituzionale nella vicenda Taricco erano né più né meno che il riflesso di una pulsione sovranista: questa difesa riguardava invece «l'idea stessa di legalità e il rapporto fra legge e giurisdizione»; in una parola, la posta in gioco era «la struttura stessa del nostro sistema costituzionale»⁴⁰¹. In fondo, la questione della legalità penale non sottende di per sé – non necessariamente, quantomeno – un'opposizione fra apertura all'integrazione europea e rivendicazioni di sovranità statale; men che meno fra monismo e dualismo nell'approccio al tema dei rapporti fra ordinamenti⁴⁰², anche perché, come dimostrano autorevoli studi di diritto internazionale, rispetto ad esempio al caso di una norma internazionale «generalmente riconosciuta», la riserva di legge penale «viene assorbita dalla condizione generale di predisposizione funzionale dell'ordinamento interno al rispetto dell'obbligo internazionale e quindi – in assenza di quella – opera alla stregua di un limite all'efficacia diretta della norma internazionale in materia penale»⁴⁰³. E in fondo, spostando lo sguardo sul rapporto col diritto dell'Unione e avendo a mente una ripartizione delle prerogative ordinamentali per competenza, se l'ascrizione di una

³⁹⁹ F. GIUNTA, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*, in *Giur. cost.*, 2018, 1318. Sotto una diversa prospettiva, prima che venissero sollevate le questioni di legittimità sulle quali si era innestata l'ordinanza n. 24 del 2017, si era detto che le critiche mosse alla sentenza *Taricco* della Corte di giustizia da gran parte delle studiose e degli studiosi sarebbero state figlie del «paradigma moderno» all'origine della cultura giuridica italiana, contrapposto al paradigma europeo, che «considera l'effettività un valore fondamentale alla cui tutela tutti gli operatori giuridici sono chiamati a concorrere e della cui sorte la scienza deve avere massima cura» (M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016, 16). Comunque la si veda, la lettura data dalla Corte costituzionale al principio di determinatezza delle norme penali era decisamente assai poco plausibile potesse conciliarsi con la regola *Taricco*.

⁴⁰⁰ Se è infatti vero che la vicenda Taricco riguardava anche, su un altro versante, la questione del divieto di retroattività, l'importanza di quella attorno al principio di determinatezza è, nell'intera vicenda e senza dubbio alcuno, quella autenticamente centrale, come sottolinea fra gli altri M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, cit., 44. In particolare, sottolinea la centralità delle argomentazioni intorno alla determinatezza nella sentenza n. 115 del 2018 R. CALVANO, *Taricco. Un finale di partita, in attesa della prossima*, in *Giur. cost.*, 2018, 1326.

⁴⁰¹ D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016, 236.

⁴⁰² Certo non è neppure mancato chi ha letto la sentenza n. 115 del 2018 in senso critico, ritenendola «in aperta controtendenza» rispetto all'ordinanza n. 24 del 2017, in quanto avrebbe rappresentato il ritorno «ad una impostazione essenzialmente dualistica dei rapporti fra ordinamenti, facendo un salto all'indietro di almeno vent'anni» (A. CELOTTO, *Ritorno al passato sui controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2018, 1326).

⁴⁰³ F. SALERNO, *Il limite – non il contro-limite – della riserva di legge all'attuazione diretta della norma internazionale «generalmente riconosciuta» in materia penale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, IV, Napoli, 2014, 2887.

prospettiva dualista alla sentenza della Corte costituzionale nella vicenda Taricco non è alla luce di certe ricostruzioni implausibile, ci sembra d'altro canto di poter dire con una ragionevole sicurezza che, tuttavia, non è neppure l'unica possibile. Pensiamo anche solo al fatto che rispetto al paradigma della legalità penale del diritto dell'Unione – limitata ai soli reati e pene – quello emergente dalla Costituzione, nel suo abbracciare anche a ogni norma incidente sulla punibilità, implichi «un evidente innalzamento di tutela delle garanzie individuali» che la norma espressa dall'art. 53 della Carta di Nizza dovrebbe far salvo⁴⁰⁴. E del resto, si può legittimamente dubitare dell'opportunità di fare del potere di punire l'«elemento di traino»⁴⁰⁵ del processo d'integrazione europea, senza per questo correre il rischio di delegittimare l'obiettivo di fondo, rispetto al quale la Costituzione sembra invece inequivocabilmente aprire.

Un principio supremo dunque, la legalità penale; un principio che, in termini di dover essere costituzionale, ha poi precisi riflessi sulla latitudine valutativa dei giudici⁴⁰⁶ in fase interpretativo-applicativa del diritto⁴⁰⁷, sulla discrezionalità politica del legislatore e sulla loro stessa, inestricabile relazione. Con tutto ciò che ne consegue sul piano dell'assetto costituzionale relativo alla tutela dei diritti fondamentali⁴⁰⁸: del resto, lo stesso «modello costituzionale di tutela dei diritti» individua proprio nella legge il suo «presupposto implicito», poiché è anzitutto alla

⁴⁰⁴ O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale*, cit., 231. L'art. 53 CDFUE («Livello di protezione») dispone che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

⁴⁰⁵ D. PULITANO, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. e proc.*, 10, 2018, 1294.

⁴⁰⁶ S. BISSARO, *Corte costituzionale e "materia penale". I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Milano, 2022, 117 segnala uno «scarto» rispetto alla giurisprudenza costituzionale pre-Taricco sul principio di determinatezza, parlando di «una mutata sensibilità della Corte costituzionale rispetto all'esigenza di perimetrare lo spazio di discrezionalità riservato all'interprete penale, attraverso un'implicita ma netta valorizzazione del principio della separazione dei poteri, declinato nella materia criminale proprio dal principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.».

⁴⁰⁷ Ci piace peraltro ricordare come un simile paradigma della legalità penale non implichi una contrapposizione fra legge e giudice, ma una loro necessaria interrelazione in funzione dell'attuazione del principio democratico nella più ampia cornice del dover essere costituzionale. Com'è stato osservato qualche tempo dopo la sentenza Taricco della Corte di giustizia, la disposizione di cui all'art. 101, secondo comma, Cost. esprime abbastanza nitidamente l'idea che «senza la legge penale il giudice penale perde potere e la legge penale, senza il giudice penale, non va da nessuna parte», dal che se ne trae la necessità di «ribadire l'ovvietà che se la legge fa la legge ed il giudice fa il giudice entrambi si rinforzano a vicenda» (così, C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016, 17 s.).

⁴⁰⁸ Ha non a caso osservato C. PINELLI, *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in *Dir. pen. cont.*, 17 ottobre 2016, 13 che la vera questione posta dagli inviti della Corte di giustizia dell'Unione «a disapplicare norme interne in casi che possono mettere a repentaglio i principi supremi» è che questi implicano «una profonda incertezza circa le modalità di esercizio della garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali, e con essa una surrettizia lesione dei principi supremi della Costituzione vigente».

legge che dovrebbe essere demandato il loro riconoscimento; e a valle di questo riconoscimento, dovrebbero essere poi i giudici comuni a porre in essere una corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni⁴⁰⁹. Nella vicenda Taricco, in fondo, è veramente emersa «la sagoma delle mura costituzionali»⁴¹⁰.

7. I limiti della manifesta irragionevolezza e dell'arbitrio come presupposti per un sindacato liminare in materia penale.

È affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale in materia penale che il sindacato sulle scelte di politica criminale, con la definizione delle fattispecie di reato e della tipologia e dosimetria sanzionatoria appartengano alla discrezionalità legislativa, le cui opzioni normative possono esser sindacate dalla Corte costituzionale soltanto nel caso in cui trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio⁴¹¹. Si tratta di due concetti che si traducono in limiti differenti, rispetto ai quali, per tentare di cogliere l'effettiva portata del loro richiamo nella giurisprudenza costituzionale, sono opportune delle precisazioni.

La manifesta irragionevolezza implica il dover necessariamente fare i conti con il concetto di 'ragionevolezza'⁴¹². Il che significa fare i conti con la sedimentazione nel giuridico del concetto filosofico della 'ragione sufficiente': la ragionevolezza è infatti una forma di «ragione attenuata», e si distingue dalla ragione intesa in senso

⁴⁰⁹ R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in Riv. AIC, 4, 2018, 634 ss.

⁴¹⁰ V. MANES, *La Corte muove*, cit., 14. Una successiva conferma di questo indirizzo giurisprudenziale si ha con la sentenza n. 140 del 2021 (rel. Amoroso) con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma che prevedeva una causa di sospensione della durata del termine di prescrizione dei reati nel periodo dal 12 maggio al 30 giugno 2020 durante l'emergenza pandemica da COVID-19 sulla base di un provvedimento giudiziario autorizzato da un provvedimento organizzativo del capo dell'ufficio giudiziario (art. 83, comma 9, decreto-legge n. 18 del 2020, convertito con modificazioni con legge n. 27 del 2020) per violazione del principio di determinatezza perché connotata da «un'imprevedibile variabilità in sostanza non dissimile da quella che avrebbe avuto il contenuto della “regola Taricco”» (punto 16 del *Considerato in diritto*) pur oscillando rispetto a un abbastanza interlocutorio precedente dell'anno prima (sentenza n. 278 del 2020). Sul punto torneremo comunque più oltre, analizzando gli spazi di discrezionalità legislativa residui alla luce dei sintomi di una loro riduzione emersi dalla giurisprudenza dell'ultimo decennio.

⁴¹¹ «Per costante giurisprudenza di questa Corte», si legge ad esempio nell'importante sentenza n. 394 del 2006 in tema di falsità nelle competizioni elettorali, «la configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle sanzioni per ciascuna di esse rientrano nella discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” ed al “bisogno di pena” – dunque sull'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono infatti, per loro natura, tipicamente politici: con la conseguenza che un sindacato sul merito delle scelte legislative è possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio». Osservazioni simili trascorrono la giurisprudenza precedente (si veda, fra le altre, le sentenze n. 126 del 1983, n. 62 e 132 del 1986, n. 333 del 1991, n. 313 del 1995, n. 144 del 2005, l'ordinanza n. 297 del 1998, nonché, volendo, la più remota sentenza n. 26 del 1979 dove si parla di «necessaria razionalità delle scelte di politica legislativa») quanto le decisioni più recenti (si vedano ad esempio le sentenze n. 68 del 2012, n. 148 e n. 236 del 2016, n. 233 del 2018, n. 115 del 2019, n. 136 del 2020, n. 62 del 2021, n. 260 del 2022, n. 195 del 2023, nonché le ordinanze n. 247 del 2013 e n. 207 del 2019).

⁴¹² Torneremo comunque più compiutamente su questo concetto nell'analisi sul giudizio sulla ragionevolezza delle pene.

stretto per il fatto di rappresentare un concetto più ampio ed elastico⁴¹³. La ragionevolezza va infatti oltre la mera dimensione logico-razionale, abbracciando «una conoscenza aperta a tutte le componenti della realtà»⁴¹⁴. Si tratta di un concetto che traslato nel giuridico non assume tuttavia a *principio*, ma a *canone*, a «*metodo interpretativo*» che, lungi dal tradursi in una norma costituzionale, si impernia proprio sulla dimensione metodologica del rapporto fra l'interpretazione delle disposizioni legislative in quanto oggetto del giudizio costituzionale e l'interpretazione delle disposizioni costituzionali in quanto parametro⁴¹⁵. D'altro canto, l'ipotetica assunzione della ragionevolezza a principio costituzionale condurrebbe a un'eccessiva svalutazione del testo, il quale senz'altro inverte dei valori positivizzandoli in principi e dunque norme con un elevato tasso di vaghezza, ma è sempre al testo nelle sue possibili e plausibili ascrizioni di significato che occorre infine tornare: consequenzialmente, una manifesta irragionevolezza della legge potrà ad esempio portare a una violazione del principio di eguaglianza⁴¹⁶ o ad

⁴¹³ F. MODUGNO, *Ragione e Ragionevolezza*, in A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Tomo I. Ragione, ragionevolezza, esperienza (esperimento), dimensione oggettiva e storica della ricerca scientifica e giuridica*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, Roma, 2007, 12 ss.

⁴¹⁴ M. CARTABIA, *Edipo Re*, in Id. e L. Violante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018, 57, la quale osserva come essa, assieme alla proporzionalità, racchiuda «un invito al giudice a spalancare la ragione sulla realtà regolata dal diritto, tanto sulle esigenze del caso, quanto sugli effetti generali della decisione, liberandosi dalle limitazioni della ragione astratta ed euclidea».

⁴¹⁵ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 56. Nello stesso senso L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020, 179.

⁴¹⁶ Ecco che appare dunque chiara la scissione fra canone interpretativo – ossia la ragionevolezza – e principio costituzionale. Rimanendo alla materia penale, un ottimo esempio è rappresentato da un passaggio della già citata sentenza n. 394 del 2006 in cui si precisa che l'esercizio del potere legislativo è illegittimo «allorquando la sperequazione normativa tra fattispecie omogenee assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sorretta da alcuna ragionevole giustificazione» (punto 7.1 del *Considerato in diritto*): è una tipica violazione del principio di eguaglianza che implica nel giudizio costituzionale il ricorso al canone interpretativo della ragionevolezza. Ma la giurisprudenza costituzionale, anche in materia penale, offre vari altri esempi analoghi. Andando molto indietro nel tempo, esemplare è la sentenza n. 161 del 1968 in cui la Corte, letteralmente ribaltando quanto affermato appena sette anni prima con la n. 64 del 1961, ha ritenuto che la previsione della punibilità in caso di adulterio della moglie ma non del marito non garantisse l'unità familiare (unico limite espressamente posto dall'art. 29 Cost. all'eguaglianza fra i coniugi) e rappresentando un mero privilegio del marito violasse quindi il principio di parità («Ritiene la Corte», si legge al punto 6 del *Considerato in diritto*, «alla stregua dell'attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocumento alla concordia ed alla unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale»). Ancor più significativa, sempre di quegli anni, la sentenza n. 147 del 1969, in cui la Corte ha rilevato «l'assoluta irrazionalità» dell'argomento per cui punire il marito in maniera analoga alla moglie – punita invece in maniera più grave – avrebbe minato l'unità familiare, giungendo così a dichiarare l'illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza dei reati di relazione adulterina (art. 559, terzo comma, cod. pen.) e concubinato (art. 560, primo comma, cod. pen.) che delineavano un sistema che «reca l'impronta di un'epoca nella quale la donna non godeva della stessa posizione sociale dell'uomo e vedeva riflessa la sua situazione di netta inferiorità nella disciplina dei diritti e dei doveri coniugali». In queste ipotesi, la differenziazione legislativa non trova una *ragionevole*

altri parametri di volta in volta individuati⁴¹⁷. Sempre in questa prospettiva, la ragionevolezza assume a elemento di flessibilizzazione delle strutture ordinamentali che, legandosi alla scelta dei costituenti europei del secondo dopoguerra di optare nei testi per «principi-inizio» in linea con l'idea di costituzioni aperte⁴¹⁸, rifugge l'idea che un'assoluta razionalità sia propria del diritto e fa

giustificazione e viola dunque il principio di eguaglianza.

⁴¹⁷ Un esempio classico è rappresentato dall'ipotesi in cui la Costituzione rimetta al legislatore il bilanciamento fra due valori positivizzati in principi, ma questo ne pone in essere uno, appunto, manifestamente irragionevole. Rimanendo in materia penale, un esempio emblematico del nesso fra ragionevolezza e bilanciamento fra valori costituzionali si ha in un passo della sentenza n. 313 del 1995 sul reato di oltraggio a un corpo politico, amministrativo o giudiziario (art. 342 cod. pen.) dove si legge che la valutazione «in ordine alla manifesta irragionevolezza della quantità o qualità della pena comminata per una determinata fattispecie incriminatrice finisce, dunque, per saldarsi intimamente alla verifica circa l'effettivo uso del potere discrezionale, nel senso che, *ove uno o più fra i valori che la norma investe apparissero sviliti al punto da risultare in concreto compromessi ad esclusivo vantaggio degli altri, sarà la stessa discrezionalità a non potersi dire correttamente esercitata*, proprio perché carente di alcuni dei termini sui quali la stessa poteva e doveva fondarsi» (punto 4 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra).

⁴¹⁸ Scelta le cui conseguenze sono oggetto delle riflessioni di C. PINELLI, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in *Sociologia*, 3, 2010, 138 ss., il quale non solo rammenta la distinzione fra le accezioni dei principi come principi-norma generale di impronta crisafulliana, maggiormente funzionali a un «sistema chiuso, completo e produttivo di certezze», e come principi-inizio di accezione bettiana – che si traducono nell'inizio di un processo di normazione – funzionali a un «sistema aperto, incompleto e produttivo di minori certezze», ma sottolinea come l'opzione a favore di principi-inizio avrebbe significato «porre scelte valutative fondamentali piuttosto che decisioni imperative»; una scelta fondamentale che l'autore lega proprio al successivo uso giurisprudenziale della ragionevolezza, da cui si trarrebbe il *trait d'union* delle teorie dell'argomentazione incentrate sulla logica del probabile. Può essere utile ricordare al fine di fare chiarezza sulla richiamata distinzione fra le due accezioni dei principi, come Vezio Crisafulli avesse fatto sua un'idea per cui «i principî stanno alle norme (particolari) come il più sta al meno, come quello che è anteriore e poiziore, a quello che è posteriore e conseguente»: in breve, «principî sono le norme – scritte e non scritte – dalle quali logicamente derivano le norme particolari – anche queste, scritte e non scritte – e alle quali, inversamente, si perviene risalendo immediatamente da queste ultime» (V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 239). Quest'idea della derivazione logicamente necessaria, deduttiva delle singole norme dai principi, sarebbe stata criticata da Emilio Betti, il quale, tacciato Crisafulli di essere uno «spirito conservatore», avrebbe replicato che così come a partire dai principi generali non sarebbe possibile dedurre le norme singole per risolvere specifiche questioni pratiche, così, viceversa, dalle norme singole non sarebbe possibile tratteggiare per via induttiva «una cognizione adeguata di quei principi»; e ciò perché nella visione del Maestro di Camerino le singole norme non coincidono con i principi generali se non parzialmente, mentre questi ultimi, secondo una celeberrima immagine, «in quanto criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, sono caratterizzati da un'eccezione di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia) in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema» (E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1971, 315 ss.). Sul punto, vale la pena di ricordare come di recente sia stato osservato che in realtà l'obiezione di Betti sarebbe stata, al netto della sua correttezza, assai facilitata «da un travisamento o da una lettura non caritatevole delle idee di Crisafulli», il quale avrebbe peccato non nella sostanza teorica della definizione dei principi generali in sé, quanto nella *forma*, in quanto la terminologia adoperata sarebbe risultata inadeguata nel definire l'inferenza che si trae dal principio, che si presterebbe maggiormente al termine «concretizzazione», che a differenza dell'idea della deduzione «è un esercizio discrezionale, che richiede apprezzamenti, valutazioni, bilanciamenti» (G. PINO, *Vezio Crisafulli sui principi di diritto. Prima e dopo*, in *Lo Stato*, 2020, 179). In un'altra prospettiva, è

assurgere la logica del giuridico a «logica del probabile»⁴¹⁹. L'utilizzo di questo canone è del resto perfettamente funzionale al pluralismo assiologico che connota le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra⁴²⁰, al bilanciamento fra valori⁴²¹ implicato soprattutto – anche se non soltanto – dalla «fenomenologia» dei

stato osservato che la distinzione fra le prospettive di Crisafulli e Betti «*trascolora dal momento della struttura a quello della funzione*», e che le differenze fra di esse riflettono «due distinte concezioni dell'ordinamento: in quella maggiormente positivista di Crisafulli il principio rappresenta un elemento sistematico, il punto di forza di un ordinamento che si assume compiuto e autosufficiente nelle proprie strutture logico-dogmatiche; per Betti, che, pur aderendo al metodo storicista, non nasconde simpatie giusnaturalistiche, il principio è il segno dell'incapacità del sistema, e dello stesso linguaggio giuridico, a esprimere, in maniera compiuta e definitiva, istanze di significato che sono ulteriori rispetto al mondo del diritto eppure per questo assolutamente irrinunciabili» (A. LONGO, *I valori costituzionali*, cit., 141 s.).

⁴¹⁹ Una logica che «si traduce nell'ammettere più significati probabili di un testo in riferimento a un caso giudiziale, il cui raggio è circoscritto dal consenso che a tali significati e solo ad essi è ascrivito dalla comunità degli interpreti»; una logica che accomuna quelle teorie dell'argomentazione che condividono l'aver ripreso «una lunghissima tradizione abbandonata all'epoca del positivismo legalistico». Così, C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladini*, III, Napoli, 2004, 1677.

⁴²⁰ Il che emerge limpidamente prendendo ad esempio in considerazione i diritti fondamentali e la necessità di garantirli nonostante le loro dimensioni al contempo intrinsecamente interrelazione e conflittuale. Nella prospettiva di una critica alla concezione teorica che ha visto nell'art. 2 Cost. una fattispecie chiusa, si è osservato che i diritti fondamentali «prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive, sono valori» e che, nella logica dei valori, che non è la logica binaria del «tutto o niente», «essi tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e alla composizione». D'altro canto, si è osservato come l'opposta tesi della fattispecie aperta «non soltanto non trova alcun esplicito appiglio positivo, ma trascura l'entità e il significato della enumerazione dei diritti fondamentali, non si dà cura di ricercare il fondamento positivo di presunti nuovi diritti, fraintende il significato di alcune decisioni della Corte costituzionale, invoca fonti di legittimazione o di produzione vaghe o poco o punto controllabili (diritto naturale, costituzione materiale, coscienza sociale) e giuridicamente di per sé non sempre idonee (atti intenzionali), approda al riconoscimento di diritti dai confini, dal contenuto o dalla disciplina assai incerti e opinabili, e soprattutto rivela... la sua completa inutilità ai fini che essa stessa si propone» (F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 3 ss.). Questa critica ci sembra rendere perfettamente l'idea, da un lato, della funzione flessibilizzante nel quadro dell'ordine costituzionale di un elemento come il canone di ragionevolezza, mentre dall'altro chiarisce quali siano i rischi dell'assumere a metro del *dover essere* costituzionale elementi che non riescono a essere in ultima analisi ricondotti al testo.

⁴²¹ Per dovere di precisione è opportuno ricordare che il fatto che il bilanciamento abbia ad oggetto valori piuttosto che interessi o principi non rappresenta, com'è noto, un punto di pacifica convergenza fra i costituzionalisti. Vi sono ad esempio ricostruzioni che propugnano l'idea di un bilanciamento fra principi come l'idea più rigorosa di bilanciamento in quanto in grado di evitare «di legittimare qualsiasi decisione purchessia», come accadrebbe nel caso in cui l'attività del giudice fosse «guidata» dalla combinazione tra «valori» e «fatti» (O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 389 ss., con una visione che appare prossima all'idea del bilanciamento come «specific form of application of principles» di R. ALEXY, *Proportionality and Rationality*, in V.C. Jackson e M. Tushnet (a cura di), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017, 14). Altre ricostruzioni individuano invece l'oggetto del bilanciamento negli interessi in quanto un valore potrebbe inglobare più interessi (A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 15, ma questa ricostruzione era già presente in ID., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2002, 274 ss.). Sempre nella prospettiva di un bilanciamento fra interessi, in alcune ricostruzioni la ponderazione sembra poter addirittura prescindere da un

diritti fondamentali⁴²² e costantemente sotteso alla vita delle costituzioni stesse nel lungo andare, alla pluralità delle scelte politiche in grado di incidere sul raggiungimento di differenti punti di equilibrio fra stabilità e mutamento. È uno sfondo in cui è inevitabile che il confine fra politica e giustizia costituzionale sia connotato da una congenita mobilità⁴²³. In questo quadro, fortemente caratterizzato dal testo costituzionale e dalla sua costruzione intorno a numerose norme-principio, si può allora cogliere il perché la Corte costituzionale ricorra a «formule “di cornice”»⁴²⁴ quali la ‘manifesta irragionevolezza’ o la ‘non manifesta irragionevolezza’: la parzialità della regolazione costituzionale delle fattispecie, il fatto che la Costituzione non sia totalizzante al punto da annullare l’ampia latitudine delle differenti possibilità di decisione politica, nonché la difficoltà di dare forma alla ragionevolezza⁴²⁵ restituendo un indice alla luce del quale giudicare se le valutazioni della Corte si siano sovrapposte nel merito a quelle del legislatore, sono elementi che rendono comprensibile il perché di «un controllo liminare»⁴²⁶ e del perché, dunque, si parli di irragionevolezza *manifesta*. Questa premessa sulla ragionevolezza dovrebbe aver a questo punto restituito tutta la dimensione problematica dell’individuazione di ciò che è ragionevole e di ciò che non lo è, e diventa così più chiaro come i casi in cui la legislazione risulta *manifestamente*

necessario riferimento al testo costituzionale, giungendo così ad ammettere come possibile la soccombenza di interessi individuati in norme costituzionali rispetto a interessi tratti da norme non costituzionali. In quest’ultima prospettiva, inquadrata in una teoria «debole» della Costituzione, uno dei suoi più autorevoli propugnatori, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 154 ss., ha del resto riconosciuto la difficoltà di fugare l’«impressione che il bilanciamento degli interessi, applicato ad una problematica così intimamente legate – consustanziale, verrebbe da dire – al diritto costituzionale, come le libertà e i diritti fondamentali, comprometta ogni significato della Costituzione: in termini di prevalenza gerarchica nel sistema delle fonti, in termini di decisione o accordo fondamentale politico-istituzionale, in termini di garanzia stabile degli individui, e sotto ogni altro profilo in cui venga in considerazione la circostanza per cui un ordinamento sociale si è dotato di una legge fondamentale scritta»; l’Autore citato cerca di bilanciare questo esito asserendo che il testo si porrebbe «come linea ultima di difesa della regolarità del gioco, linea della cui presenza ci si deve accorgere solo nel momento in cui viene varcata», e dunque, in ultima analisi, «le regole costituzionali sono in uno stato di semiquiescenza, perché il gioco politico si svolge nel loro sostanziale ed implicito rispetto». In un’altra prospettiva, A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 115 osserva che se pure si possa assumere come verosimile che «oggetto concreto delle operazioni di bilanciamento siano degli *interessi*, è altrettanto verosimile che il *criterio* di composizione di tali interessi sia un assetto di *valori*», i quali rappresentano «il *canone ideale* (e per ideale si intende semplicemente un’istanza cognitivamente priore) *ai sensi del quale si risolve un conflitto materiale*».

⁴²² Il nesso fra la peculiare «fenomenologia dei diritti fondamentali negli Stati costituzionali contemporanei» e il ricorso ritenuto «inevitabile» a tecniche argomentative «ponderative» quali la ragionevolezza, la proporzionalità e il bilanciamento è stato sottolineato in letteratura, fra gli altri, da G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2, 2014, 541 ss.

⁴²³ Osserva E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2008, 31 ss. che questo trattarsi di un confine «mobile» deriverebbe da una pluralità di fattori, fra i quali rientrerebbero profili culturali, politici e la stessa struttura del modello di giustizia costituzionale.

⁴²⁴ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 127.

⁴²⁵ Ivi, 170 ss.

⁴²⁶ Ivi, 127.

irragionevole siano in fondo i soli casi in cui il giudice costituzionale può intervenire senza porre in essere delle valutazioni sul potere discrezionale del Parlamento che rimangano *eccessivamente* esposte sul terreno dell'opinabile⁴²⁷. In definitiva, il superamento del limite della manifesta irragionevolezza si inverte necessariamente nella violazione di uno o più parametri costituzionali specificamente individuati; il che, in una parola, afferisce al rapporto fra legge e Costituzione.

Radicalmente diverso è invece il discorso intorno al richiamo al limite dell'arbitrio. Per un verso potrebbe dirsi che, in qualche modo, l'arbitrio evoca un'immagine opposta a quella della necessità⁴²⁸, il che si lega probabilmente al fatto che in fondo ripugna alla civiltà giuridica l'idea che il diritto possa tradursi «*nel funzionamento di un qualsiasi ordine della coesistenza*»⁴²⁹. Venendo però alla specificità del concetto nella giurisprudenza costituzionale, molto istruttiva è la nota tassonomia di Zagrebelsky e Marcenò sui vizi di validità della legge, i quali sarebbero sussumibili nelle macrocategorie dell'«*incostituzionalità*», che implica un vizio della legge in relazione a «*ciò ch'essa deve essere alla luce di altre leggi (le "leggi delle leggi" stabilite dalla costituzione)*», e dell'«*arbitrarietà*», che implica un vizio della legge «*alla luce di ciò ch'essa deve essere in quanto legge*»⁴³⁰. E proprio nell'ambito dell'arbitrarietà, gli autori distinguono fra le varie forme che può assumere il più specifico vizio dell'«*irrazionalità*»⁴³¹. Torna nuovamente la distinzione, prima chiarita, fra 'ragione' e 'ragionevolezza': l'irrazionalità va infatti assai al di là del concetto d'irragionevolezza, al punto che è stata definita una «*rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento giuridico*»⁴³². Essa va infatti alle radici del giuridico ed entra in conflitto con alcune delle più basilari esigenze di civiltà che lo stesso esprime; di più, con la sua stessa unità, ossia «con la possibilità di concepire la congerie di norme che lo compongono come struttura normativa dotata di ordine concettuale, tenuta insieme dal principio formale di non contraddizione»⁴³³. E del resto, che la legge si distingua dagli altri atti giuridici quanto al procedimento di formazione è un punto su cui v'è ampia convergenza fra i costituzionalisti⁴³⁴, ma è così anche rispetto al suo essere ad essi equiparata sul piano dei vizi della contraddittorietà e dell'irrazionalità: non a caso, già in epoca prerепubblicana Carlo Esposito ebbe a sostenere come «anche una legge per essere valida non debba essere contraddittoria o priva di ogni senso, e non debba avere un contenuto di realizzazione impossibile», e che ciò che in letteratura si andava già da tempo affermando «in materia di atti contraddittori ed impossibili vale coi dovuti mutamenti anche nel campo delle leggi, ed anche in questo caso sarebbe inesatto di sostenere che la impossibilità di attuazione derivante dal contenuto dell'atto renda

⁴²⁷ Il che ovviamente non significa che esse non possano comunque esserlo.

⁴²⁸ Del resto, «è tra i due opposti estremi della necessità e dell'arbitrio che si colloca il terreno proprio della scelta normativa» (G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 32).

⁴²⁹ B. ROMANO, *Forma del senso. Legalità e giustizia*, Torino, 2012, 202.

⁴³⁰ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*. I, cit., 160.

⁴³¹ Ivi, 163.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, cit., 385.

quest'ultimo solo inefficace e non invalido»⁴³⁵. In definitiva, e a differenza della manifesta irragionevolezza – che implica un rapporto fra oggetto e parametro costituzionale di volta in volta individuato – il carattere del vizio dell'arbitrarietà delle leggi è stato definito «pre-positivo»⁴³⁶, riguardando essenzialmente la legge di per sé stessa⁴³⁷.

Fissata questa distinzione fra le due macrocategorie di limiti al potere legislativo, va detto che in materia penale la Corte costituzionale le ha spesso richiamate accompagnandole ai principali ostacoli alle sue possibilità d'intervento – su tutti la riserva di legge – in funzione di giudizi in cui ha spesso ritenuto che il legislatore avesse legittimamente esercitato il potere di normazione penale. E ciò al netto del fatto che l'esercizio di questa discrezionalità riguardasse la definizione delle fattispecie astratte di reato, l'individuazione della tipologia e della dosimetria sanzionatoria o altri istituti incidenti sulla punibilità.

⁴³⁵ C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 167 ss.

⁴³⁶ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I*, cit., 161.

⁴³⁷ Seppur questo non significhi che non sia possibile rinvenire un parametro di diritto positivo alla luce del quale far valere nel giudizio costituzionale un simile vizio, classicamente individuato nell'art. 3 Cost.

II.

L'EPOCA DEL RISPETTO DELLA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA.

Sommario: 1. L'invalidità della legge penale. Tre limiti della funzione legislativa in una prospettiva diacronica. – 2. La «Cenerentola della Carta repubblicana» e la giurisprudenza dei primi anni. – 2.1. Le prime ipotesi di violazione della Costituzione. – 2.2. La personalità della responsabilità penale come divieto di responsabilità per fatto altrui. – 2.3. Gli albori del giudizio di eguaglianza sulle norme penali e l'interpretazione della Costituzione alla luce della legge. – 2.4. La tendenza alla conservazione nella prima giurisprudenza sui principi del diritto costituzionale penale. – 2.5. Norme penali e incompetenza. Il monopolio della legge statale e l'ammissibilità degli atti equiparati. – 2.6. Minime conclusioni: la prima giurisprudenza costituzionale e il potere discrezionale del Parlamento. – 3. Il disgelo costituzionale. La progressiva incidenza del principio di eguaglianza e le prime manipolative in materia penale. – 3.1. La necessità costituzionale di tutela dei diritti fondamentali e le prime manipolative. – 3.2. La graduale emersione del principio di colpevolezza. – 3.3. L'espansionismo normativo del principio d'eguaglianza alla luce dell'assiologia costituzionale. – 3.3.1. L'eguaglianza di fronte alla pena. – 3.3.2. Le pene fisse e «una riparatrice giustizia distributiva». – 3.3.3. Eguaglianza e presunzioni di pericolosità sociale. – 4. Primo caveat. Rime obbligate e materia penale. – 5. Secondo caveat. Lo spartiacque della sentenza Paladin. – 6. Gli anni d'oro della giurisprudenza costituzionale in materia penale: due momenti topici. – 6.1. La sentenza n. 364 del 1988 sul principio di colpevolezza. – 6.2. La sentenza n. 313 del 1990 sul finalismo rieducativo. – 7. Alcune linee di tendenza fra metà anni Novanta e primi Duemila. – 8. Una discrezionalità legislativa privilegiata?

1. L'invalidità della legge penale. Tre limiti della funzione legislativa in una prospettiva diacronica.

La funzione legislativa, che proprio in quanto funzione è per definizione *discrezionale*¹, sul piano dell'ampiezza della latitudine valutativa degli organi

¹ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 345. In età pre-repubblicana, nel distinguere la discrezionalità legislativa dalla discrezionalità amministrativa, Massimo Severo Giannini ebbe a dire che le differenze risiederebbero nell'essere la prima «strettamente determinata rispetto agli interessi» a fronte dell'indeterminazione della seconda, nel potersi – la prima – dispiegare sia su norme primarie che su norme secondarie e, infine, sull'essere pertinente al contenuto, in quanto parlare di discrezionalità su *an* e *quomodo* rispetto alla legislazione avrebbe senso soltanto nei confronti dell'atto normativo e non rispetto alla norma, in quanto «i presupposti, i motivi, la formazione sostanziale della volontà non sono elementi che assumono rilievo nella norma, ma solo nell'atto normativo» (M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939, 104 ss.). Lo stesso Giannini contestava peraltro (ivi, 120) l'idea che si potesse discorrere di un generale concetto di discrezionalità nelle sue specifiche espressioni nelle

chiamati a esercitarla può essere, almeno in teoria, analizzata in molti modi. Non fosse però che in un regime a costituzione rigida specificamente declinato come quello italiano del secondo dopoguerra, in cui la costituzione è la norma sulla normazione e la legislazione è legata ad essa da un rapporto di «derivazione» – a seconda della teorica abbracciata più o meno pregnante – «il giudizio sulla correttezza di tale *derivazione*» è demandato alla Corte costituzionale². In quest'ottica, l'analisi dei sintomi – tratti appunto da alcune linee giurisprudenziali degli ultimi anni – da cui sembrerebbe emergere una riduzione della latitudine di questa discrezionalità, non può prescindere da una comparazione con gli assestamenti che in passato l'hanno invece progressivamente definita. Un'analisi di questo tipo si potrebbe condurre in vari modi.

Si potrebbero ad esempio prendere in considerazione i principi che conformano e limitano questa discrezionalità direttamente riconducibili al diritto costituzionale delle pene, a mo' di filoni tematici. Il che però fornirebbe un termine di paragone con gli assestamenti più recenti decisamente rarefatto, se non inaccettabilmente parziale: il punto è che infatti la funzione legislativa in materia penale non è conformata e limitata soltanto dai principi del diritto costituzionale delle pene, ma da ogni norma costituzionale in grado di incidere sul suo esercizio. Di conseguenza, abbracciare in via esclusiva la prospettiva del parametro come guida nella rassegna giurisprudenziale finirebbe o per restituire un risultato – come detto – eccessivamente incompleto, o per richiedere uno sforzo ricostruttivo comunque incapace di restituire la specificità delle varie linee di tendenza.

Si potrebbero in alternativa prendere in considerazione sempre in una prospettiva diacronica, anziché i parametri costituzionali rappresentati da tali principi, gli oggetti del sindacato di legittimità rappresentati dalle tre tipologie ricostruite riflettendo intorno alla riserva di legge penale – e cioè fattispecie, sanzioni e istituti della punibilità. Scelta che a differenza della prima offrirebbe un quadro più completo ma estremamente rigido, insuscettibile di dare del tutto conto della dimensione storica di linee giurisprudenziali connotate molto più dal tempo che hanno attraversato che non da una consapevole suddivisione per tipologia normativa.

varie aree e nei vari momenti dell'esperienza giuridica, prospettiva abbracciata invece dalla nota analisi d'impronta teorico-generale di C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960, 1098 ss., il quale sottolineava come i presupposti della discrezionalità fossero – come si è sottolineato – «il carattere funzionale del potere... da cui deriva l'obbligo che il suo esercizio si effettui in modo da soddisfare la funzione» e «la mancanza o la incompletezza delle predisposizioni normative relative ai comportamenti da seguire per soddisfare nei singoli casi gli interessi per cui il potere è conferito»; in una parola, il tratto «ibrido» proprio del concetto si lega in questa ricostruzione alla «commistione dell'elemento del vincolo derivante dalla funzione, con quello della libertà nella ricerca dei mezzi attraverso cui essa deve trovare soddisfazione» (ivi, 1100). Da queste premesse Mortati escludeva si potesse parlare di discrezionalità in relazione a «rapporti strettamente privatistici» nei casi in cui dall'ordinamento non se ne potessero trarre argomenti nel senso dell'ascrizione di un carattere funzionale alle situazioni giuridiche di vantaggio riconosciute, o ancora nei casi di attività svolte dalla pubblica autorità per soddisfare interessi generali ma «condizionate a scopi così generali ed indeterminati da consentire una libertà illimitata di scelta dei modi diretti a soddisfarli, cioè di determinazione del fine secondario richiesto per l'adempimento di quello primario» (ivi, 1099 s.).

² F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 6.

La scelta di metodo che ci è parsa dunque più opportuna per restituire l'immagine della discrezionalità legislativa nei lunghi decenni antecedenti al nuovo corso si colloca su un piano differente, se si vuole *mediano*, per lo stesso motivo per cui tanto la troppa distanza quanto la troppa vicinanza impediscono la vista delle cose. Nella specifica ottica del nostro studio intorno alla discrezionalità legislativa – che non è né soltanto uno studio sui principi costituzionali in materia penale né soltanto uno studio sulle categorie normative penalistiche – la scelta di focalizzarsi soltanto sul parametro o soltanto sull'oggetto, che sono i due poli intorno ai quali il giudizio costituzionale s'invera, lascerebbe infatti scoperti larghi tratti di ciò che avviene attorno al polo opposto, peccando irrimediabilmente di prospettiva. Trattandosi infatti di un'analisi intorno alla discrezionalità legislativa, ciò che davvero interessa è il volto bifronte del confine che la definisce, quello dei *limiti* e dei *vizi* che la Corte costituzionale ha negli anni individuato e rilevato di fronte all'esercizio della funzione legislativa. Il che ci ha indotto a scartare le prime due alternative prospettate, per abbracciare invece una lente d'analisi meno rigida ma al contempo più precisa sul piano della ricerca dei risultati empirici: un'analisi che, attraverso una serie di periodizzazioni della giurisprudenza costituzionale, dia conto delle linee di tendenza di volta in volta emerse e consolidatesi, tanto attraverso il progressivo affinamento interpretativo del parametro quanto attraverso il graduale ampliamento dell'oggetto del giudizio. In breve, si è scelto di ricorrere e ripercorrere una classica tripartizione dei vizi della funzione legislativa e in particolare delle disposizioni legislative, ovverosia l'*incompetenza*, la *violazione diretta di norme costituzionali* e il cosiddetto eccesso di potere o «vizio funzionale»³ della legge, che in termini molto generali si può far corrispondere alla sua *irragionevolezza in relazione ai principi costituzionali di volta in volta in gioco*⁴.

L'incompetenza, intesa come vizio di legittimità di una disposizione, implica l'esercizio di potere di normazione in una materia che è invece sottratta, alla luce della Costituzione, a una determinata fonte. La verifica dell'incidenza concreta su una determinata materia implica comunque la previa interpretazione delle *disposizioni* dell'atto adottato, in quanto può perfettamente darsi il caso in cui a una medesima disposizione siano ascrivibili due o più distinti significati o se si preferisce *norme*, delle quali alcune valichino il limite della competenza mentre altre no⁵. Così, ad esempio, il potere di normazione in materia penale riconducibile alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. è attribuita allo Stato alla luce dell'interpretazione data dalla Corte costituzionale a questa disposizione⁶,

³ L'espressione è di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, cit., 327.

⁴ Precisazione evidentemente necessaria, dal momento che si è già più volte sottolineato come nella prospettiva qui abbracciata la ragionevolezza sia un canone interpretativo, e non un principio costituzionale.

⁵ La premessa per cui «l'effetto della illegittimità sostanziale riguarda sempre e soltanto le norme, come possibilità interpretative delle disposizioni, prese in quanto tali, sia singolarmente, sia nel complesso di una o più disposizioni», ha portato a identificare i vizi interni alle attribuzioni del potere legislativo come appartenenti alla categoria di quelli sostanziali anziché di quelli formali (F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 276 s.). Si vedano tuttavia in senso contrario le riflessioni di C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*. Saggi, Padova, 1954, 278.

⁶ Si veda, per tutte, la già richiamata sentenza n. 487 del 1989.

ma il vizio d'incompetenza della disposizione di legge regionale che eventualmente incida su questa materia è poi riscontrato vagliando le possibilità interpretative – norme – ascritte alle stesse disposizioni oggetto del sindacato costituzionale alla luce della norma-parametro.

La violazione diretta della Costituzione, che di per sé è un vizio delle disposizioni legislative che rispetto all'irragionevolezza emerge molto più raramente, riposa invece sulla distinzione teorica fra *limiti positivi* e *limiti negativi*, ovverosia sulla distinzione fra norme-parametro positive, configurate nel modo deontico dell'obbligo nei confronti del legislatore di adottare determinate disposizioni legislative⁷, e norme-parametro negative, configurate nel modo del divieto. Distinzione che, pur prestando il fianco alla fin troppo ovvia obiezione per cui un obbligo può essere sempre espresso in forma di divieto e viceversa, riflette la speculare distinzione fra il tipo di vizio in questione e quello che in vario modo può definirsi 'eccesso di potere legislativo', 'vizio funzionale'⁸ o, se si preferisce, irragionevolezza, che è il vizio più importante che affligge la funzione legislativa e va al cuore del tema della discrezionalità, implicandola in radice⁹. E dunque proprio nella prospettiva di tener questa fondamentale distinzione concettuale fra violazione diretta della Costituzione e irragionevolezza, è senz'altro da preservare e far propria come lente d'analisi anche la corrispondente distinzione fra limiti costituzionali negativi e limiti costituzionali positivi.

Quanto alla ragionevolezza, avendo già restituito almeno per grandi linee l'immagine della dimensione teorica e il generale utilizzo di questo canone interpretativo nella giurisprudenza costituzionale, ulteriori aggiunte sarebbero probabilmente pleonastiche, specie alla luce della necessità di tornare sulla questione nell'analisi delle varie linee giurisprudenziali. Può essere però opportuno ricordare che è proprio perché la ragionevolezza è un canone e non un principio che questo *limite* funzionale della legislazione – o, a seconda della prospettiva da cui si guardi al fenomeno, questo *vizio* – è rinvenibile non nella ragionevolezza – o in prospettiva negativa, irragionevolezza – in sé e per sé, ma nei principi costituzionali che di volta in volta vengono in rilievo come parametri di legittimità dell'esercizio della funzione legislativa. E la peculiare morfologia della Costituzione repubblicana, costellata da innumerevoli principi-inizio improntati a «*un'eccedenza di contenuto deontologico* (o *assiologico*, che dir si voglia)», aperti a un'attuazione, a uno sviluppo, a un'integrazione per via legislativa in una logica di sistema

⁷ Su questa tipologia di parametro, andando indietro nel tempo si può vedere già un noto saggio di Crisafulli dei primi anni Cinquanta nell'ambito del dibattito sulla capacità precettiva delle norme programmatiche, nel quale si trova l'asserzione priva di qualsivoglia accento dubitativo intorno all'ascrizione a queste norme di una simile capacità e all'essere, la loro inosservanza, «motivo di invalidità, totale o parziale, dell'atto di esercizio» del potere legislativo, dal che il loro essere passibili di conformare e limitare la discrezionalità legislativa (V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 63).

⁸ In questi termini ancora F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 307 ss., anche per la presa d'atto del carattere non decisivo dell'obiezione relativa alla possibilità di trasformare l'obbligo in divieto e viceversa.

⁹ Il nesso fra i modi deontici e l'individuazione delle tipologie di potere è stato ad esempio sottolineato nella riflessione di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento* (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo), Torino, 2020, 66 s.

ascrivibile alle coordinate teoriche della riflessione bettiana¹⁰, fa sì che non soltanto questo limite funzionale sia il più diffuso, ma anche che rappresenti quello incomparabilmente più importante, perché afferisce esattamente all'essenza della discrezionalità legislativa. Si potrebbe addirittura arrivare a dire senza particolari timori di smentita che uno studio sulla discrezionalità legislativa è essenzialmente uno studio sulla ragionevolezza dell'esercizio della funzione di cui è espressione. In breve: se la funzione legislativa può esprimersi in termini discrezionali, questa discrezionalità riguarda nella sua essenza proprio il limite della ragionevolezza. L'incompetenza e la violazione diretta della Costituzione è infatti decisamente dubbio possano implicare quel carattere proprio della discrezionalità che invece il limite della ragionevolezza implica alla luce dei principi costituzionali di volta in volta in gioco. D'altro canto non neghiamo che alla luce della giurisprudenza costituzionale, tutto ciò che non valica il confine della violazione della Costituzione – al netto del fatto che si sia o meno di fronte a un'ipotesi di irragionevolezza nei bilanciamenti – è comunque una forma di esercizio legittimo di funzione legislativa. Ed è proprio per questo che vale la pena di dar conto anche dell'emersione dei vizi diversi dall'irragionevolezza.

Anzitutto perché l'incompetenza e la violazione diretta della Costituzione segnano due limiti estremi della funzione normativa in materia penale: di conseguenza, pur non essendo legate alla discrezionalità legislativa in senso stretto, il fatto che fissino comunque il perimetro di esercizio della funzione renderebbe di per sé parziale un'analisi che ne prescinda completamente.

Ma la parzialità di un'analisi diacronica della giurisprudenza costituzionale in materia penale limitata ai giudizi in cui a rilevare è stata la ragionevolezza come canone interpretativo si lega pure alla mancata considerazione delle possibili implicazioni dell'inveramento del diritto nei momenti dell'interpretazione e dell'applicazione. Infatti, il punto è che in realtà tutti e tre i vizi in questione si legano non soltanto alla norma-oggetto del giudizio costituzionale, ma anche e soprattutto alle norme-parametro di volta in volta individuate, e le norme-parametro non possono che essere a loro volta il frutto dell'interpretazione di disposizioni. Di conseguenza, è ben possibile che un parametro individuato in una stessa disposizione sia espressivo magari a distanza di anni di una norma radicalmente diversa – si pensi alla parabola del *nullum crimen sine culpa*, su cui torneremo¹¹. Ma se questo è vero, allora è anche vero – e la storia della giurisprudenza costituzionale non fa che insegnarcelo continuamente – che a seconda delle fasi storiche e delle sedimentazioni interpretative sulle stesse disposizioni, il legislatore ha nei decenni incontrato limiti *quantitativamente* e *qualitativamente* differenti all'esercizio del proprio potere di normazione in materia penale.

¹⁰ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1971, 316. Valutazione, questa, già al centro delle riflessioni di C. PINELLI, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in *Sociologia*, 3, 2010, 138 ss.

¹¹ Com'è noto, con la celeberrima sentenza sull'art. 5 cod. pen. (pronuncia n. 364 del 1988) la Corte costituzionale ribaltò completamente la propria interpretazione dell'art. 27, primo comma, Cost. traendone dalla disposizione («La responsabilità penale è personale») una norma quasi completamente opposta a quella ricavata per lungo tempo (consistente nel semplice divieto di responsabilità per fatto altrui) e il tutto a Costituzione invariata.

Si pensi all'adulterio della moglie, fattispecie penale retaggio della cultura patriarcale e maschilista nella quale il codice penale del 1930 era imbevuto fin dal suo concepimento: ritenuta dalla Corte costituzionale perfettamente legittima nel 1961 con la spendita di argomenti quali «la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia», anche alla luce del «turbamento psichico» che «il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli», a cui si accompagnava l'individuazione del marito come «punto di convergenza dell'unità familiare, e della posizione della famiglia nella vita sociale»¹², appena sette anni dopo la fattispecie venne invece giudicata in contrasto con il principio di eguaglianza morale e giuridica fra i coniugi e dichiarata incostituzionale¹³.

Lasciare casi di questo tipo fuori da una ricostruzione della discrezionalità legislativa in materia penale per come è andata tradizionalmente consolidandosi non renderebbe evidentemente giustizia della dirompente dimensione storico-costituzionale di certe linee giurisprudenziali, e men che meno del loro impatto sui limiti della funzione legislativa.

D'altro canto, trattandosi di un'analisi sulla discrezionalità legislativa *in materia penale*, pur al netto del fatto che la funzione legislativa incontra limiti che vanno molto oltre gli specifici principi costituzionali che fanno riferimento alla materia, un'ulteriore, doverosa premessa riguarda il fatto che fra le norme-parametro d'interesse è stato ritenuto necessario avessero uno spazio maggiore di altre proprio quelle del diritto costituzionale delle pene, in quanto specificamente conformanti quest'area della legislazione. Si pensi del resto alla personalità della responsabilità penale, ponte fra precetto e sanzione che va all'imo della specificità del potere di normazione in materia, o al finalismo rieducativo, che funzionalizza la declinazione di questo potere che più di ogni altra incide sui diritti fondamentali, o ancora a quanto profondamente quest'area della legislazione sia caratterizzata dal divieto di retroattività *in malam partem*¹⁴.

Fatte queste premesse, è opportuno precisare che i tre concetti passati in rassegna traducono potenziali *vizi* concreti che sono né più né meno che il riflesso di tre corrispondenti *limiti* astratti della funzione legislativa, per cui prenderli in considerazione consente anche di superare la difficoltà dello scarto fra astratto e concreto¹⁵: la consapevolezza dietro questa scelta dovrebbe quindi garantire la giusta distanza nell'analisi della discrezionalità.

Sebbene non si tratti certo dell'unico punto da cui è possibile osservare questa lunga

¹² Sentenza n. 64 del 1961.

¹³ Sentenza n. 126 del 1968.

¹⁴ Peraltro, il fatto che questo «superiore principio di civiltà» (sentenza n. 51 del 1980, punto 5 del *Considerato in diritto*) sia stato ancora di recente ribadito, sulla scia di varie pronunce, nella sua pregnanza normativa anche al di là della materia penale (si veda la sentenza n. 4 del 2024, relatore ed estensore D'Alberti in materia di retribuzioni d'anzianità dei dipendenti pubblici) non cambia il fatto che è proprio in materia penale che la retroattività *in malam partem* è, a differenza che in altre aree del tessuto legislativo, *radicalmente* preclusa. Si tratta in ogni caso di un punto sul quale dovremo tornare ampiamente.

¹⁵ «Quello che in astratto è il limite per la legge», ha scritto Franco Modugno, «in concreto diventa il suo vizio o difetto», perché vizi e limiti della legge sono «*aspetti diversi ma corrispondenti* di uno stesso fenomeno» (*op. ult. cit.*, 137).

e a tratti travagliata storia costituzionale, prendere in considerazione questi limiti presenta in definitiva il vantaggio di abbracciare l'elevato grado di complessità delle varie linee giurisprudenziali alla luce di un taglio dell'analisi molto più flessibile e meno categorizzante, il che ci sembra giustifichi da sé la scelta prospettica adottata¹⁶.

Chiaramente, ogni periodizzazione implica un certo qual tasso di arbitrarietà nella valutazione di alcuni tornanti storici, come pure un tasso di arbitrarietà è rinvenibile in quella che è stata una necessaria selezione delle linee giurisprudenziali più significative: non neghiamo che un'osservazione del genere coglierebbe nel segno. E tuttavia, si tratta in ogni caso di scelte funzionali a evidenziare determinate, specifiche tendenze relative alla considerazione della discrezionalità legislativa da parte della Corte costituzionale in quest'area dell'esperienza giuridica: far emergere questa specificità non poteva che implicare una selezione, al costo di pagare il prezzo scientifico di un fisiologico tasso di valutatività¹⁷. Aspetto di cui si è cercato di dare ampiamente conto.

2. La «Cenerentola della Carta repubblicana» e la giurisprudenza dei primi anni.

La giurisprudenza costituzionale in materia penale ha alle spalle una storia lunga e travagliata, che si dipana sullo sfondo delle vicende, dei conflitti, dei mutamenti sociali e politici che hanno segnato i tornanti storici attraversati dalla Repubblica. Qualunque giudizio sulla giurisprudenza in materia non potrebbe quindi prescindere dalle strutture su cui riposano le stesse possibilità d'azione della Corte¹⁸

¹⁶ Quasi che, decontestualizzando a sufficienza il frammento – rivolto più in profondità a sottolineare l'incapacità umana nell'individuare una giusta posizione fra opposti eccessi – e diffidando del suo valore dimostrativo, verrebbe da esprimere la difficoltà nella ricerca prospettica funzionale a inquadrare un fenomeno tanto complesso in questi termini: «Si on est trop jeune on ne juge pas bien, trop vieil de même... Il n'y a qu'un point indivisible, qui soit le véritable lieu de voir les tableaux. Les autres sont trop près, trop loins, trop hauts, trop bas» (B. PASCAL, *Vanité* n° 9/38, in Id., *Pensées* (ed. 1670), consultabile in <http://www.penseesdepascal.fr/Vanite/Vanite9-moderne.php>).

¹⁷ Che una ricerca possa dirsi completamente avalutativa, del tutto scevra da giudizi di valore (*wertfrei*) sarebbe un'asserzione quantomeno difficile da comprovare; giudizi che del resto son propri anche di chi ne professa l'estraneità e almeno in una certa misura probabilmente non superabili. Di fronte a quest'apparente ineludibilità, viene alla mente l'insegnamento weberiano: «... proprio sotto l'apparenza della soppressione di ogni valutazione pratica, si possono risuscitare suggestivamente, con particolare forza, tali valutazioni, secondo il noto schema di “far parlare i fatti”. La migliore qualità della nostra eloquenza parlamentare ed elettorale opera appunto con questo mezzo – e ciò è del tutto legittimo per i suoi scopi. Non c'è però bisogno di sprecare nessuna parola per mostrare che questo procedimento sarebbe sulla cattedra, proprio dal punto di vista della pretesa di quella distinzione, il più riprovevole di tutti gli abusi. E che un'apparenza, slealmente suscitata, di realizzazione di un imperativo possa scambiarsi con la sua realtà, non rappresenta una critica dell'imperativo stesso. Questo però è senz'altro implicito: che, se l'insegnante non ritiene di doversi precludere delle valutazioni pratiche, deve però assolutamente *dichiararle* come tali e agli studenti e a se stesso» (M. WEBER, *Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften* (1917), tr. it. di P. Rossi, *Il significato della «avalutatività» delle scienze sociologiche e economiche*, in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958, 322).

¹⁸ Ha osservato E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, 2ª ed., Bologna, 1999, 18 s. come un bilancio sul sistema di giustizia costituzionale italiano non

– né dal contesto in cui è nata e ha nei decenni operato.

Ci si riferisce in particolare all'aver concepito un organo «bifronte»¹⁹, costretto a guardare tanto alla politica quanto alla magistratura²⁰, nato come giudice della legittimità costituzionale in un modello a sindacato accentrato d'ispirazione kelseniana ma con un accesso diffuso imperniato attorno al «canone» dell'incidentalità²¹ più prossimo al modello statunitense.

Certo è che, soprattutto nei primi anni, la giurisprudenza in materia penale è stata improntata a un grande rispetto della discrezionalità legislativa, a eccezione di declaratorie d'illegittimità di norme palesemente antitetiche rispetto al nuovo ordine costituzionale. Il che ha molto a che fare, come dicevamo, con il contesto in cui la Corte è stata concepita.

possa non tener presente vari elementi legati al contesto politico e istituzionale del dopoguerra, fra cui *a*) l'assenza di un precedente, *b*) il ritardo nell'entrata in funzione della Corte, *c*) le caratteristiche di una Costituzione lunga, con connotati particolarmente garantistici sul piano dei rapporti tra poteri e molto articolata su quello dei diritti fondamentali, decisamente differente rispetto alla produzione normativa ad essa antecedente e *d*) l'adozione di un modello di giustizia costituzionale che fondeva elementi del modello tedesco a una modalità di accesso sulla falsariga del modello a sindacato diffuso degli Stati Uniti d'America; elementi la cui convergenza avrebbe secondo l'autore determinato «la nascita di un sistema non del tutto definito nei suoi tratti essenziali e suscettibile di sviluppi diversi».

¹⁹ «Una faccia rivolta alla sfera politica e una faccia alla sfera giurisdizionale» (così, ancora E. CHELI, *Introduzione*, in P. Barile, Id. e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 12).

²⁰ Sottolineava fin dall'anno dell'entrata in funzione della Corte costituzionale la necessità di una sua stretta collaborazione con l'autorità giudiziaria, P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1956, 7 ss., il quale tuttavia rigettava con molta nettezza l'idea che il sindacato di legittimità costituzionale potesse essere ascrivibile a una funzione giurisdizionale, evidenziandone in vece la prossimità con la funzione legislativa (ivi, 12). In anni recenti, gli sviluppi storici del rapporto fra Corte costituzionale e magistratura dal 1956 in poi sono stati oggetto della ricerca di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici comuni nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, nella cui indagine emerge in più punti quanto gli scollamenti fra l'azione della Corte costituzionale e quella della magistratura siano risultati problematici per la tenuta del dover essere costituzionale. Il problema che i conflitti fra giudice costituzionale e giudici comuni hanno di volta in volta fatto emergere è in fondo la a tratti drammatica incapacità da parte dei due poteri di riuscire garantire da sé un simile dover essere, in quanto – fra le altre cose – la magistratura non è in grado di offrire una garanzia della legalità costituzionale ammantata da una almeno tendenziale certezza con conseguente più solida garanzia del principio d'eguaglianza che solo una sentenza di corte costituzionale può assicurare; allo stesso tempo, il Giudice delle Leggi ha bisogno della collaborazione della magistratura non soltanto per far valere le proprie sentenze in assenza di un proprio apparato *ad hoc*, ma addirittura per arrivare a potersi pronunciare. Non a caso questo rapporto è stato in più momenti connotato da dinamiche conflittuali anche – e forse soprattutto – in materia penale, terreno sul quale in certe fasi storiche lo scontro istituzionale è stato talmente aspro da sfociare in due note vicende conosciute come 'guerre delle due corti', sulle quali torneremo più oltre.

²¹ 'Canone' – e non 'modello' – secondo la terminologia proposta da G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, 20, perché mentre «il modello rimanda evidentemente ad un nesso stabilmente codificato tra parti di un insieme dotate tutte, ciascuna per sé e nella loro specifica interrelazione, di una precisa fisionomia, il canone richiama l'idea di una normatività che si dispiega e acquisisce un significato prima di tutto al contatto con l'esperienza». Gli sviluppi storici della giurisprudenza costituzionale, nelle cui pieghe il canone ha trovato peculiari forme d'inveramento, sembrano effettivamente comprovare un simile argomento.

Va infatti ricordato che, come nel resto dell'Europa continentale, in Italia la questione della giustizia costituzionale si pose ben più tardi che negli Stati Uniti, dove la sentenza *Marbury v. Madison* risale al 1803. Da noi essa fiorì compiutamente oltre lo stretto terreno della letteratura specialistica²² soltanto con l'instaurazione del nuovo ordine democratico, il quale portava con sé, fra le altre cose, il paradigma di una costituzione rigida²³. Del resto, seppure la questione dell'ingiustizia delle leggi affondi le proprie radici in tempi antichi²⁴, e l'idea di giustizia costituzionale non nasca certo col secondo dopoguerra, è però con lo sfregio della legalità avvenuto durante gli anni del fascismo che sorse con forza la necessità di garantire quella legalità superiore che la nascente costituzione democratica aspirava ad affermare attraverso l'istituzione di un giudice costituzionale. Ma la Corte, che Giorgio La Pira avrebbe definito la «vôlta» destinata a «coronare l'edificio costituzionale»²⁵, al pari delle disposizioni sul

²² La questione era già stata posta ad esempio con una certa enfasi all'alba del XIX secolo, fra gli altri, da Francesco Racioppi: «Il concetto degli americani è il seguente: In regime costituzionale ogni organo pubblico) dal più basso al più alto) ha limiti che non può oltrepassare: altrimenti sarebbe assoluto, non libero. Ora, non solo il Governo, ma anche il Parlamento, ha i suoi limiti; e questi sono giuridici, perchè scritti nella Costituzione, dalla quale soltanto e Capi di Stato e Ministri e Camere derivano le proprie competenze. Se (come dice l'articolo 28 dello Statuto nostro) la stampa deve essere libera, cioè non può essere stabilita la censura; se (come dice l'articolo 71 dello stesso Statuto nostro) non possono essere creati tribunali straordinari, sono codesti due limiti di sostanza, cioè sono due proibizioni alle Camere di regolarsi in modo diverso. Or perchè siffatti limiti si scrivono dai popoli nei giorni di rivoluzione o di riscossa? Evidentemente per essere rispettati e fatti rispettare, senza di che non sarebbero che semplici raccomandazioni etiche, e la Costituzione, lungi dall'essere la legge delle leggi, si ridurrebbe ad una dottrinale esposizione di teorie o di principii politici, ad uno sparo in aria... poichè nello Stato esiste il potere giudiziario, che appunto ha la funzione di controllo per la tutela del diritto, ad esso spetta naturalmente, per suo proprio ufficio, anche il decidere sulla validità sostanziale degli atti del Parlamento. Il potere che sta a guardia di tutte le leggi, sta anche a guardia della Costituzione contro le leggi» (F. RACIOPPI, *Il potere giudiziario nel Governo costituzionale*, Conferenza detta al «Circolo Giuridico» di Roma, Roma, 1900, 15 ss., citato da ID. e I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, III, Torino, 1909, 443 s.).

²³ Rigidità che si lega alla preclusione nei confronti delle leggi ordinarie della capacità di modificare la costituzione o le leggi costituzionali (F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. I. Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 70). Si è comunque sottolineato come in realtà anche una costituzione flessibile abbia insiti degli «elementi di rigidità», quantomeno sul piano del necessario rispetto delle procedure previste per la loro revisione, sebbene nel vigore dello Statuto albertino il sindacato giurisdizionale delle norme costituzionali sia stato poi decisamente raro (A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 18). Sul punto può essere interessante ricordare la risalente opinione di Georg JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, III ed., Berlin, 1914, 534, per il quale anche nei Paesi in cui una differenza fra leggi ordinarie e leggi costituzionali è sconosciuta esisterebbero istituzioni fondamentali alle quali si attribuisce una stabilità assai maggiore rispetto ad altre in forza di circostanze storiche, politiche e sociali dal che ne deriverebbe che simili istituzioni sarebbero sottoposte a mutamenti non dissimili da quelli che le involgono in ordinamenti in cui questa differenza invece esiste.

²⁴ «È stata invero di tutti i tempi», ha scritto Mauro Cappelletti, «l'ansia degli uomini di creare o scoprire una "gerarchia" delle leggi, e di garantirla. È l'ansia stessa – o un suo aspetto – di uscire dal contingente, di "fermare l'attimo", di vincere, insomma, l'umano destino di perenne trasformazione e di morte: le leggi cambiano, ma resti la Legge; restino i Valori fondamentali» (M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, VIII).

²⁵ G. LA PIRA, Intervento nella seduta pomeridiana di venerdì 28 novembre 1947, CCCXI, Resoconto stenografico, Atti dell'Assemblea costituente, 1947, 2627, consultabile in

procedimento di revisione costituzionale venne concepita sotto la pressione dell'imminente scadenza dei termini fissati per i lavori dell'Assemblea costituente, il che non consentì né un'elaborazione matura della questione né un esame puntuale e approfondito dell'idea che si andava affermando. Circostanze che qualche tempo dopo avrebbero portato Costantino Mortati a parlare della Corte costituzionale come della «cenerentola della Carta repubblicana»²⁶.

In questo quadro, superato l'«ostruzionismo di maggioranza»²⁷ della prima legislatura con l'adozione di importanti norme a integrazione di quanto previsto dalla Costituzione sul funzionamento dell'organo e il faticoso completamento della sua composizione, e messi quindi alle spalle gli anni del periodo transitorio in cui il sindacato di costituzionalità era stato affidato ai giudici comuni²⁸, la Corte costituzionale era finalmente pronta a entrare in funzione. E in materia penale, avrebbe dovuto fin da subito misurarsi con il «peccato originale» del «consustanziale conflitto di valori tra l'originale codice Rocco, concepito in periodo fascista, e l'assiologia della Costituzione repubblicana»²⁹; elemento a cui si accompagnava peraltro anche il permanere in vigore del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, anch'esso espressione degli anni del regime. Giungiamo così alla prima, celeberrima pronuncia della Corte costituzionale: la sentenza n. 1 del 1956.

2.1. Le prime ipotesi di violazione diretta della Costituzione.

La prima sentenza dei giudici di Palazzo della Consulta rappresentò una decisione fondamentale non solo per via del superamento della distinzione fra norme programmatiche e norme precettive e dell'affermazione del criterio gerarchico anche in caso di contrasto fra Costituzione e legge ordinaria ad essa anteriore, ma anche, ai nostri fini, perché verteva in materia penale.

La sentenza in questione rappresenta infatti il primo esempio di violazione diretta

<https://legislature.camera.it>.

²⁶ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 69 ss., ora in Id., *Raccolta di scritti. III. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972, 681.

²⁷ Per usare una nota espressione di P. CALAMANDREI, *L'ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, I, 1953, 129 ss.

²⁸ Riporta A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 20 come il sindacato di costituzionalità svolto dai giudici comuni durante questa fase alla luce della VII disp. trans., secondo comma, Cost. («Fino a quando non entri in funzione la Corte costituzionale, la decisione delle controversie indicate nell'articolo 134 ha luogo nelle forme e nei limiti delle norme preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione») fosse caratterizzato da un marcata cautela, richiamando quale esempio paradigmatico la nota pronuncia delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione del 7 febbraio 1948 cui si doveva l'introduzione della distinzione fra norme costituzionali programmatiche e norme costituzionali precettive, che com'è noto implicava l'esclusione del sindacato di legittimità nel caso di violazione delle prime. Distinzione fra l'altro letta da G. AZZARITI sr., *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Foro it.*, IV, 1956, 7 come tutt'altro che dimostrativa della «volontà di non attuare la Costituzione, bensì dello sforzo per attuarla» in quanto avrebbe comunque consentito l'applicazione di almeno «buona parte» delle sue norme.

²⁹ A. LONGO, *Il sindacato di ragionevolezza in materia penale. Brevi riflessioni a partire da alcune ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 16.

della Costituzione a causa della criminalizzazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, in questo caso quello alla libera manifestazione del pensiero, che veniva legato a una «concessione» dell'autorità di pubblica sicurezza, il che significava di fatto svuotarlo di significato³⁰. In seguito, chiamata a decidere di altre questioni relative al rapporto fra norme penali e libertà di manifestazione del pensiero, la Corte rigetta questioni in cui la norma-oggetto non era apparsa in contrasto la norma-parametro³¹, i cui limiti erano già stati estesi al di là del solo buon costume sancito dall'ultimo comma dell'art. 21 Cost., accogliendone altre perché la norma penale criminalizzava il legittimo esercizio del diritto fondamentale³². Altri accoglimenti sarebbero arrivati ad esempio per via della violazione diretta della Costituzione determinata dal preavviso richiesto per le

³⁰ La questione di legittimità costituzionale della norma, di per sé tipica espressione di un regime autoritario, era stata prospettata da ben trenta ordinanze di rimessione. La dichiarazione d'illegittimità costituzionale ha colpito varie disposizioni dell'art. 113 t.u.l.p.s. e dell'art. 1 d.lgs. n. 1382 del 1947 che punivano la distribuzione di avvisi o stampati nella pubblica strada e l'affissione di manifesti o giornali, oltre all'utilizzo di alto parlanti per comunicazioni al pubblico senza autorizzazione o nonostante il divieto espresso dell'autorità di pubblica sicurezza. «È evidentemente da escludere», ebbe a osservare la Corte, «che con la enunciazione del diritto di libera manifestazione del pensiero la Costituzione abbia consentite attività le quali turbino la tranquillità pubblica, ovvero abbia sottratta alla polizia di sicurezza la funzione di prevenzione dei reati», e che però «è innegabile che nessuna determinazione in tale senso» era prevista dall'art. 113 t.u.l.p.s., «il quale, col prescrivere l'autorizzazione, sembra far dipendere quasi da una concessione dell'autorità di pubblica sicurezza il diritto, che l'art. 21 della Costituzione conferisce a tutti, attribuendo alla detta autorità poteri discrezionali illimitati, tali cioè che, indipendentemente dal fine specifico di tutela di tranquillità e di prevenzione di reati, il concedere o il negare l'autorizzazione può significare praticamente consentire o impedire caso per caso la manifestazione del pensiero». In merito, osserva D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 240, che l'apparato argomentativo della sentenza sarebbe stato comunque «alquanto timido», avendo lasciato intendere che il fine della prevenzione dei reati avrebbe potuto far salva la legittimità costituzionale del potere di autorizzazione, ma che allo stesso tempo il rilievo di questa pronuncia risiederebbe nell'aver esaltato la libertà di manifestazione del pensiero «senza timore di aprire vuoti di tutela».

³¹ Pensiamo qui alla sentenza n. 19 del 1962 ancora con la libertà di manifestazione del pensiero del parametro: un'interpretativa di rigetto che fa salva la legittimità costituzionale dell'art. 656 cod. pen. («Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico») in quanto la norma risulta idonea a tutelare l'ordine pubblico, «inteso nel senso di ordine legale su cui poggia la convivenza sociale», il quale è ascripto fra i valori che possono giustificare una compressione di detta libertà rendendola di conseguenza non aprioristicamente illegittima.

³² Esemplare sul punto la sentenza n. 87 del 1966, con la quale la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 272 cod. pen. che puniva la propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale (in quanto punitiva di «un sentimento, che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità») ma rigetta la questione posta rispetto al primo comma – abrogato poi nel 2006 – che puniva invece la propaganda in quanto diretta al ricorso alla violenza come mezzo per conseguire un mutamento nell'ordinamento vigente, perché la norma era funzionale a tutelare il metodo democratico, unico legittimato dalla Costituzione a determinare la politica nazionale, oltre all'ordine economico e all'ordine pubblico inteso come «ordine legale costituito».

riunioni in luogo non pubblico³³, dalla criminalizzazione della serrata³⁴, o da precetti muniti di sanzione penale che limitavano la libertà d'iniziativa economica senza però rientrare nelle ipotesi che l'art. 41 Cost.³⁵. Da notare come numerose delle questioni decise dalla Corte in questi anni riguardino varie norme del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, espressione del regime fascista al pari del codice Rocco e dotate di una capacità normativa in senso limitativo delle libertà fondamentali a tratti contundente quasi come il secondo³⁶.

Nel complesso, le ipotesi d'incostituzionalità erano per gran parte riconducibili a casi più o meno eclatanti, stante la chiara antinomia assiologica e di conseguenza normativa fra molte delle norme annullate, espressione degli anni del fascismo, e la Costituzione democratica. Antinomia che emerge anche nei casi in cui la Corte ha fatto salva la legittimità delle norme penali, come ad esempio in materia di libertà religiosa³⁷.

³³ È ad esempio il caso della sentenza n. 45 del 1957, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 t.u.l.p.s. nella parte che implicava l'obbligo del preavviso per le funzioni, cerimonie o pratiche religiose in luoghi aperti al pubblico. O ancora, si veda la sentenza n. 27 del 1958, in cui l'antinomia fra norma-parametro e norma-oggetto del giudizio era lampante: «Per le riunioni in luogo aperto al pubblico è richiesto preavviso», recitava la disposizione colpita da incostituzionalità, esatto opposto della disposizione di cui all'art. 17 Cost. («Per le riunioni in luogo aperto al pubblico non è richiesto preavviso»).

³⁴ Sentenza n. 29 del 1960, dove però la Corte non dichiara l'illegittimità dell'art. 502 cod. pen. per via della qualificazione della serrata come diritto fondamentale (a differenza dello sciopero) ma per via del «positivo contrasto che risulta dal suo raffronto col sistema nuovo; contrasto che deriva non già da un generico difetto di armonica correlazione, quale frequentemente si manifesta fra ogni ordinamento nuovo, rapidamente sopravvenuto, e quelle norme dell'antico di cui pur necessita la sopravvivenza», bensì dal contrasto fra un sistema che si impernia intorno alla «libera e democratica organizzazione dei rapporti di lavoro» e uno espressivo di una norma esplicitamente volta a «porre un energico disconoscimento del principio democratico».

³⁵ È ad esempio il caso della sentenza n. 121 del 1963, che ha dichiarato dei primi quattro commi dell'art. 128 t.u.l.p.s. nella parte in cui prevedevano che ogni operazione, all'ingrosso o al minuto compiuta da commercianti di oggetti preziosi dovesse essere annotata in un registro giornaliero, nel quale dovevano risultare le generalità del venditore e dell'acquirente, la data, la specie della merce ed il prezzo in relazione a operazioni su oggetti preziosi nuovi. Si veda pure la sentenza n. 125 dello stesso anno, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli ultimi tre commi dell'art. 110 t.u.l.p.s. per violazione dell'art. 41 Cost. nella parte in cui vietavano la concessione di licenze per l'uso, nei luoghi pubblici o aperti al pubblico, di apparecchi o di congegni automatici di puro trattenimento, senza alcuna possibilità di dar luogo a gioco o a scommesse.

³⁶ Si pensi, fra i vari altri esempi che si potrebbero addurre, al caso dell'ammonizione, istituto ritenuto in radicale contrasto con il diritto fondamentale alla libertà personale (sentenza n. 11 del 1956).

³⁷ Si vedano le sentenze n. 127 del 1957 e n. 79 del 1958, rispettivamente in tema di vilipendio della religione di Stato (art. 404 cod. pen.) e bestemmia (art. 724 cod. pen.) in cui la Corte, pur rigettando le questioni, rigetta l'inquadramento della normazione penale in tema di religione come funzionale a proteggere la «sola religione dello Stato», abbracciando invece una prospettiva più incentrata sul valore storico-culturale della religione cattolica e sull'argomento – se si vuole opinabile ma certamente estraneo alla logica su cui le norme riposavano in origine – incentrato sul fatto che questa religione «è professata nello Stato italiano dalla quasi totalità dei suoi cittadini, e come tale è meritevole di particolare tutela penale, per la maggiore ampiezza e intensità delle reazioni sociali naturalmente suscitate dalle offese ad essa dirette» (sentenza n. 59 del 1958).

2.2. La personalità della responsabilità penale come divieto di responsabilità per fatto altrui.

Merita poi almeno un cenno anche la giurisprudenza in cui ad assurgere a parametro è stata la personalità della responsabilità penale sancita dall'art. 27, primo comma, Cost., trattandosi di un limite della funzione legislativa proprio del diritto costituzionale penale³⁸. Tuttavia, a questa specificità non è corrisposta nei primi anni – e poi ancora per lungo tempo – una corrispondente pregnanza in termini di conformazione e limitazione del potere di normazione penale.

La 'personalità' della responsabilità penale è stata infatti da subito riduttivamente intesa come divieto di responsabilità per fatto altrui e dunque legittimante forme di responsabilità oggettiva³⁹ – previsioni che nel codice Rocco erano sin da dall'inizio tutt'altro che rare, in consonanza con i fini antiliberali che i suoi autori e promotori intendevano perseguire e dei quali rappresentano un importante sintomo⁴⁰.

In merito, può valere la pena di precisare che, a differenza della maggior parte delle altre disposizioni proprie del diritto costituzionale delle pene, l'art. 27, primo comma, Cost. è espressivo di norme-parametro – tanto il divieto di responsabilità per fatto altrui quanto il più garantista principio di colpevolezza che si affermerà definitivamente con la sentenza sull'*ignorantia legis* (n. 364 del 1988) – alla luce delle quali il vizio delle disposizioni legislative con esse eventualmente confliggenti sarà sempre la violazione diretta della Costituzione, e non l'irragionevolezza, trattandosi in ogni caso di *limiti negativi* della funzione legislativa.

³⁸ Sull'importanza di tener conto della componente soggettiva nell'agente nei processi nomopoietici intorno al potere punitivo, c'è un passo molto significativo in H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968, 182: «Human society is a society of persons; and persons do not view themselves or each other merely as so many bodies moving in ways which are sometimes harmful and have to be prevented or altered. Instead persons interpret each other's movements as manifestations of intention and choices, and these subjective factors are often more important to their social relations than the movements by which they are manifested or their effect. If one person hits another, the person struck does not think of the other as *just* a cause of pain to him; for it is of crucial importance to him whether the blow was deliberate or involuntary».

³⁹ Si vedano la sentenza n. 3 del 1956 sulla responsabilità del direttore di giornale periodico e la sentenza n. 107 del 1957 e l'ordinanza n. 22 del 1962 sull'ignoranza dell'età della persona offesa di età inferiore a quattordici anni nei delitti di violenza carnale, oltre alla sentenza n. 39 del 1959 in tema di sanzioni penali a carico di datori di lavoro e dirigenti.

⁴⁰ G. VASSALLI, *Codice penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 273 che, identificando l'allargamento delle ipotesi di responsabilità oggettiva come uno degli elementi che confuterebbero l'idea di chi in letteratura aveva ritenuto agevole distinguere i profili tecnico-giuridici del codice del 1930 da quelli più strettamente politici, ammoniva circa il fatto che «l'elemento politico del codice vigente permea in realtà assai più istituti e disposizioni di quelle che non siano state o non siano eliminabili con un tratto di penna». L'autore notava come gli intenti di fondo, di cui fra le altre cose anche il ricorso frequente a ipotesi di responsabilità oggettiva era sintomatico, consistevano nel «risalire il più indietro possibile alle intenzioni degli autori di reato e ad allargare con intenti antiliberali la sfera delle azioni penalmente perseguibili». L'antitesi assiologica e normativa con l'idea del diritto penale del fatto scolpita nella Costituzione del 1947 non potrebbe essere più lampante.

2.3. Gli albori del giudizio di eguaglianza sulle norme penali e l'interpretazione della Costituzione alla luce della legge.

Spostando l'asse dell'analisi sul diverso vizio funzionale delle disposizioni legislative, si può agevolmente cogliere quanto in questi primi anni, al netto degli accoglimenti di cui si è detto, la Corte costituzionale sia stata prudente nell'orientare il proprio agire. Su questo versante sono ad esempio emblematici alcuni casi relativi alla prospettata violazione del principio di eguaglianza.

Di fatti, se pure è vero che l'intreccio fra legalità penale ed eguaglianza è «un tema immenso»⁴¹, stante la fortissima ispirazione egualitaria della prima – che implica fra le altre cose la preclusione di leggi-provvedimento in materia⁴² – la giurisprudenza costituzionale su questioni di eguaglianza si è però assestata in questi anni su un tipo di giudizio ispirato «da un certo conservatorismo di matrice liberal-borghese»⁴³ e, specie nelle prime pronunce, da un taglio assai formalistico, d'ispirazione espositiva⁴⁴. Del resto, già a partire dalla sentenza n. 3 del 1956 – la

⁴¹ «... sotto i distinti, ma sotto certi aspetti convergenti profili del principio di legalità, della legittimazione del diritto penale in rapporto agli oggetti di tutela (i cosiddetti beni giuridici), della conformazione legale delle tecniche di tutela e delle connesse strategie sanzionatorie, della commisurazione giudiziale della pena, dell'esecuzione penitenziaria, nonché del controllo di costituzionalità, per finire – se si vuole – con gli impegni (per dir così) etico-politici e tecnici che sia la dottrina, sia la giurisprudenza dovrebbero onorare per favorire una applicazione delle norme penali il più possibile conforme ai valori della certezza e della uguaglianza di trattamento» (G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in M. Cartabia e T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano – Bicocca, 15-16 maggio 2008, Milano, Giuffrè, 2009, 115). Peraltro, lo studio ancora oggi più completo sul giudizio di eguaglianza in materia penale nella giurisprudenza costituzionale ci restituisce una fotografia statistica notevole: al 27 luglio 2012, a fronte di 14861 pronunce totali della Corte, le decisioni in materia penale emanate ex art. 3 Cost. rappresentavano circa il 7%, attestandosi intorno al migliaio (G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 6).

⁴² Rispetto all'ipotesi di una legge che punisca penalmente un singolo individuo – al netto del fatto che la condotta per la quale viene punito sia già descritta in una precedente legge generale e astratta o sia invece descritta per la prima volta nella legge-provvedimento, che in tal caso risulterebbe per giunta innovativa – si è autorevolmente sottolineato come, in linea di principio, le conseguenze costituzionali dovrebbero risultare chiare: «la Costituzione italiana pone in materia sia una riserva di legge sia una riserva di giurisdizione, e cioè esige che la legge penale sia generale e astratta, perché solo così ha senso e può funzionare la riserva di giurisdizione, e cioè la prescrizione per cui solo il giudice, mediante il giusto processo, può condannare una singola persona, attenendosi appunto alla legge generale e astratta», per cui una legge di questo tipo risulterà in ogni caso incostituzionale. Così G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2007, 325 s., il quale aggiunge che la stessa conclusione dovrebbe estendersi, al di là della materia penale, ad ogni ipotesi in cui la Costituzione ponga allo stesso tempo una riserva di legge e una riserva di giurisdizione. Peraltro lo stesso autore, muovendo da questa premessa generalmente condivisa, si spinge ancora oltre, sostenendo la tesi per cui «ogni qual volta la legge prevede obblighi o divieti o comunque svantaggi per gli individui... la legge deve essere generale e astratta, e l'applicazione della legge generale astratta ai singoli individui o spetta, sulla base ed in conformità della Costituzione e della legge, direttamente al giudice, o, sulla base ed in conformità della Costituzione e della legge, spetta prima ad un atto amministrativo, e poi, indirettamente, pur sempre al giudice».

⁴³ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 111.

⁴⁴ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 38. In effetti, in Carlo Esposito l'eguaglianza implica un vincolo per il legislatore che non si sostanzia

prima in tema di eguaglianza di fronte alla legge, che non riguardava la materia penale – il giudizio costituzionale rimetteva a una discrezionalità legislativa decisamente ampia la declinazione del trattamento normativo riservato a determinate fattispecie con l'unico limite dei criteri di differenziazione vietati espressamente dall'art. 3, primo comma, Cost.⁴⁵ Sebbene quest'orientamento avrebbe incontrato un punto di rottura già un anno dopo⁴⁶, quel che ai nostri fini rileva è che la complessiva impostazione del giudizio alla luce del principio di eguaglianza, al di là delle sue oscillazioni⁴⁷, implicava un chiaro rispetto per la discrezionalità legislativa⁴⁸ riflesso anche nelle pronunce in materia penale. Nel primo decennio di attività, la Corte costituzionale ha infatti improntato la propria azione in materia a un accentuato formalismo⁴⁹ che andava intersecandosi con un tendenziale conservatorismo espresso da una – per quegli anni neppure così rara – interpretazione della nuova Costituzione alla luce della vecchia legislazione molto prossima a una *gesetzeskonforme Auslegung*⁵⁰.

in un limite interno in un'accezione sostanzialistica – di contenuto, per così dire – ma in un limite che afferisce alla necessità costituzionalmente esplicitata dall'art. 3 di una normazione di rango legislativo che rechi i crismi della generalità e dell'astrattezza. Più precisamente, «la disposizione sulla eguaglianza, in principio, non disciplina il contenuto delle leggi, ma sibbene ne definisce in modo incontrovertibile la forza e l'efficacia... In corrispondenza, sarà viziata per illegittimità costituzionale ogni norma di legge ordinaria che, in contrasto col principio della assoluta eguaglianza di situazione formale dei cittadini di fronte alla legge astratta o concretamente attuantesi, voglia creare su questo punto situazioni diverse da cittadino a cittadino, o proprie di alcune categorie di cittadini rispetto ad altri» (C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, cit., 30 s.).

⁴⁵ «Questo principio», si legge nella motivazione, «non va inteso nel senso, che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale. Ma lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione. La valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da regolare non può non essere riservata alla discrezionalità del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma del citato art. 3».

⁴⁶ Pensiamo alla sentenza n. 56 del 1958, in cui la Corte giunge a sindacare una differenziazione legislativa legata al sesso della persona senza dichiararla aprioristicamente incostituzionale ma analizzando le ragioni alla base dell'utilizzo di un tale criterio.

⁴⁷ Si è non a caso osservato che questa giurisprudenza «non può essere ricostruita secondo un percorso rettilineo», in quanto specie i primi anni sarebbero stati caratterizzati da un alternarsi di «decisioni della Corte evocanti visioni ed idee disomogenee e talora contrarie della parità giuridica», tanto che già dalla sentenza n. 53 del 1958 si sarebbe iniziato a problematizzare questo indirizzo col riferimento alla diversità *fattuale* (G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 38 ss.).

⁴⁸ Al punto che essa veniva schematizzata in autorevoli ricostruzioni nei seguenti termini: a) sulle differenziazioni citate dall'art. 3, primo comma, Cost. sarebbe stata richiesta una motivazione della scelta del criterio alla base dell'opzione normativa mentre b) le restanti differenziazioni normative sarebbero state estranee al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi (A.S. AGRÒ, *Art. 3. I. Il principio di eguaglianza formale*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 141).

⁴⁹ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 111 s. osserva che questo formalismo implicava l'evitare, per quanto possibile, valutazioni relative alla ragionevolezza delle norme-oggetto del giudizio.

⁵⁰ Come spiega Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ristampa della XX ed., Heidelberg, 1999, 33, l'interpretazione costituzionale implica non soltanto la questione del significato della legge esaminata alla luce della costituzione, ma anche quella opposta

In questo contesto si spiega ad esempio la prima pronuncia sul delitto di adulterio di cui all'art. 559 cod. pen. – fattispecie che puniva soltanto la condotta moglie. Pronuncia con cui la Corte ha fatto salva la legittimità della fattispecie facendo leva sulla discrezionalità del legislatore nell'«adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse», e sottolineando un'asserita più grave offesa del tradimento della moglie «in conformità della comune opinione» quale «fatto della vita sociale», «dato della esperienza comune»⁵¹. La Corte restituiva così una lettura dell'«eguaglianza morale e giuridica dei coniugi»⁵² da cui derivava addirittura una discrezionalità legislativa in grado di differenziare la tutela penale a seconda dello *status* soggettivo intrafamiliare. Arriveranno poi altri rigetti strutturalmente simili, sintomatici dell'incapacità del parametro, per come interpretato in questa fase storica, di avviare una giurisprudenza in grado di limitare in maniera significativa la discrezionalità legislativa: pensiamo qui ai casi della conversione della pena pecuniaria in pena detentiva per i condannati insolubili⁵³, del reato di vilipendio

del significato della costituzione rispetto alla legge sotto giudizio, e visto che per sé il contesto giuridico tende verso il mantenimento della legge, in questi casi l'interpretazione costituzionale subisce a sua volta una tendenziale torsione verso il senso delle norme costituzionali specificato dal legislatore. L'illustre giurista inquadra peraltro questo fenomeno come un ulteriore sintomo, seppur indiretto, della stretta interrelazione fra costituzione e legge e dunque della stessa unità (*Einheit*) dell'ordinamento giuridico.

⁵¹ Sentenza n. 64 del 1961, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁵² Riportiamo, a dimostrazione del fatto che anche un giudizio d'eguaglianza è tutt'altro che scevro da valutazioni di merito, una parte del passaggio argomentativo principale: «... come per la fedeltà coniugale, così per la unità familiare il legislatore ha evidentemente ritenuto di avvertire una diversa e maggiore entità della illecita condotta della moglie, rappresentandosi la più grave influenza che tale condotta può esercitare sulle più delicate strutture e sui più vitali interessi di una famiglia: in primo luogo, l'azione disgregatrice che sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale cagiona la sminuita reputazione nell'ambito sociale; indi, il turbamento psichico, con tutte le sue conseguenze sulla educazione e sulla disciplina morale che, in ispecie nelle famiglie (e sono la maggior parte) tuttora governate da sani principi morali, il pensiero della madre fra le braccia di un estraneo determina nei giovani figli, particolarmente nell'età in cui appena si annunciano gli stimoli e le immagini della vita sessuale; non ultimo il pericolo della introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene, tuttavia, attribuita per presunzione di legge, a parte la eventuale - rigorosamente condizionata - azione di disconoscimento. Tutti questi coefficienti hanno agito sulle direttive del legislatore; e ciò senza punto far calcolo, in quanto fatti anormali e che si auspicano destinati a scomparire, delle reazioni violente e delittuose cui, in ispecie in certi ambienti, può in particolare dar luogo la infedeltà della moglie».

⁵³ Sentenza n. 29 del 1962, in cui la Corte, in coerenza con la giurisprudenza di quegli anni, esclude che l'art. 3 Cost. sancisca «un principio di eguaglianza in senso assoluto», e afferma che esso non esclude la legittimità di «particolarità di trattamento che inevitabilmente derivano dalla natura stessa di un istituto giuridico; il che, appunto, si verifica per la pena, la cui funzione è tale che deve poter trovare attuazione a carico di chiunque abbia commesso violazione di una norma penale». Imperniando il resto della motivazione attorno all'inderogabilità della pena la Corte arriva addirittura ad affermare che la vera diseguaglianza discenderebbe proprio dall'espunzione dell'istituto, aggiungendo peraltro – con l'ennesima prova di interpretazione della costituzione alla luce della legge – che, preso atto dei principi di cui agli artt. 25 e 27 Cost., «tutto... lascia ragionevolmente ritenere che là dove un intervento esplicito non si è verificato gli istituti, e in particolare quello della pena, sono stati recepiti col principio e con la funzione già loro propri e accolti nelle leggi». In coerenza con quest'impostazione risulta allora coerente la chiosa della Corte per cui l'esser tutti i soggetti parimenti responsabili dinanzi al reato è «riaffermazione, non

della religione di Stato⁵⁴ e, ancora, delle presunzioni assolute di pericolosità sociale⁵⁵.

Concedendoci una parentesi, qui è interessante osservare come in anni successivi ciascuna delle decisioni appena richiamate verrà poi letteralmente ribaltata⁵⁶: il che avverrà grazie a un'inedita gravidanza normativa ascritta al principio di eguaglianza come norma-parametro finalmente in funzione della nuova assiologia costituzionale, accompagnata da un'interpretazione differente – se si vuole, più progressista – della stessa legislazione, la quale in ipotesi di disposizioni così caratterizzate dal tempo in cui furono concepite avrebbe mostrato tutti i propri limiti in termini di possibilità d'interpretazione conforme alla Costituzione. Un punto che si lega, come vedremo, anche a precisi tornanti storici alla luce dei quali le strutture normative cominciarono finalmente a esser lette in funzione del «*nucleo di senso dell'ordinamento*» indicato dai valori costituzionali⁵⁷. Vero è che, con riguardo al primo decennio, più ancora che sulle pur importanti e gravi questioni di eguaglianza che la legislazione ereditata dal passato lasciava sul tappeto⁵⁸, la Corte sembra essersi focalizzata sulla garanzia delle libertà fondamentali, campo sul quale, come si è visto, sono giunte varie pronunce di accoglimento.

negazione del principio di eguaglianza». Una chiosa senz'altro lontana dagli apprendimenti giurisprudenziali successivi in tema di eguaglianza di fronte alla pena, ma senz'altro in linea con le tendenze di quegli anni.

⁵⁴ Sentenza n. 39 del 1965, con cui la Corte rigetta la questione rilevando come, da un lato, tale reato potesse essere compiuto «da chi appartiene a religione diversa dalla cattolica come da chi appartiene a quest'ultima, o a nessuna religione, non avendo alcuna rilevanza, nella identificazione del soggetto attivo del reato, la fede religiosa dell'agente», e dall'altro che la norma posta «non protegge la religione cattolica come bene individuale di coloro che vi appartengono, né attribuisce ad essi alcun personale vantaggio, giuridicamente tutelabile; il titolare dell'interesse protetto non è, pertanto, il singolo appartenente alla religione cattolica»⁵⁴. Non solo. L'opzione a favore di una tutela penale differenziata viene ritenuta in questi termini perfettamente legittima anche rispetto all'art. 8, primo comma, Cost., perché «l'uguale diritto alla libertà, riconosciuto a tutte le confessioni religiose, non significa diritto a una uguale tutela penale, giacché quest'ultima può essere disposta non solo a protezione della libertà di ciascuna confessione, ma anche a protezione del sentimento religioso della maggioranza dei cittadini, purché da ciò non derivi limitazione di quella libertà».

⁵⁵ Sentenza n. 19 del 1966, che pur avendo come parametro l'art. 13 Cost. restituisce ancora l'immagine di una concezione dell'eguaglianza non particolarmente pregnante sul piano normativo. Con questa decisione la Corte ha infatti giudicato non illegittima la previsione delle presunzioni legalità di pericolosità di cui all'art. 204 cod. pen. perché ricorrendo a «comuni esperienze» sarebbe «ragionevole che la legge, anche per garantire una eguaglianza di trattamento, detti una regola di giudizio vincolante, in un significativo e proporzionato rapporto logico con il dato da apprezzare».

⁵⁶ Si vedano la sentenza n. 126 del 1968 per l'adulterio, la n. 131 del 1971 per la conversione della pena pecuniaria, la sentenza n. 508 del 2000 per il vilipendio della religione dello Stato.

⁵⁷ «I valori di un ordinamento sono la lente attraverso cui il sistema interpreta la realtà e stabilisce la funzione concreta del proprio apparato normativo. Sono, in definitiva il senso del sistema. Senso che non potrebbe essere mutato senza mutare il sistema stesso». Così, A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 347.

⁵⁸ Questioni, come sottolinea G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 112, di per sé implicanti una serie di importanti valutazioni di merito che la Corte ha nel possibile evitato, sottraendo la legislazione penale, «conformemente ai postulati dell'indirizzo tecnico-giuridico, a indagini e discussioni, sulla base di considerazioni antropologiche, criminologiche, filosofiche e sociali, avrebbero potuto mettere in discussione la giustificazione di non poche norme».

2.4. La tendenza alla conservazione nella prima giurisprudenza sui principi del diritto costituzionale penale.

Anche in ordine ai principi del diritto costituzionale penale, nei primi anni la giurisprudenza riflette uno spirito di conservazione che ha di molto attenuato il potenziale, deflagrante impatto che questi principi avrebbero avuto in anni successivi.

Significativa in questo senso la giurisprudenza sulle pene fisse, ben lontana dagli apprendimenti giurisprudenziali che dagli anni Ottanta in poi ridurranno la discrezionalità legislativa: il marcato rispetto per la discrezionalità nell'individuazione di sanzioni del genere risalente alla sentenza n. 67 del 1963 continuerà infatti a caratterizzare la giurisprudenza costituzionale in tema per tutti gli anni Settanta⁵⁹.

E sintomatiche di questa tendenza a non ascrivere particolare pregnanza alla

⁵⁹ Di fronte all'argomento per cui il principio di eguaglianza sarebbe stato vulnerato dalla rigidità della sanzione, la Corte osserva che, «se pure è da ammettere che lo strumento meglio idoneo al conseguimento di tale finalità sia la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo, non può invece ritenersi che esso sia il solo, e che quindi la omissione della sua adozione in singoli casi incida sulla validità della legge che incorra in essa». A ciò la Corte aggiunge il rilievo per cui la possibilità di valutare l'applicazione di circostanze attenuanti generiche (art. 62-bis cod. pen.) o di ricorrere al potere di aumentare l'ammenda fino al triplo (art. 26, comma 2, cod. pen.). Questo schema argomentativo, come anticipato, si affermerà nella giurisprudenza costituzionale per quasi vent'anni. Tra l'altro, la sentenza n. 67 del 1963 fu oggetto di un'osservazione critica assai interessante da parte di Carlo Esposito, decisamente sintomatica dell'evoluzione della sensibilità giuridica sulla latitudine del potere di normazione penale nel corso dei decenni. L'illustre giurista esprimeva infatti forti perplessità proprio «per l'uso o per l'abuso» dell'art. 3 Cost. fatto in questa sentenza, laddove vi si sosteneva che «in materia di pene, il principio di eguaglianza da esso sancito implica o impone che i medesimi delitti siano puniti diversamente a seconda delle qualità o condizioni personali del delinquente». Per Esposito l'art. 3 «non ha niente da dire quanto alla misura delle pene: nè vuole che i delitti in genere, in quanto fatti delittuosi, siano puniti diversamente secondo le diverse qualità o condizioni personali. In sostanza, l'art. 3 nè esclude nè impone che nella punizione si faccia conto della personalità o delle situazioni soggettive del delinquente, e neanche impone che, ove il legislatore ritenga che per alcuni delitti si debba far conto di tale personalità, ciò debba avvenire. Tutte queste questioni sono rimesse dall'art. 25, comma 2 Cost., che stabilisce una riserva di legge, al senso di giustizia o al buon senso o all'intuito del legislatore salvo qualche direttiva che il legislatore può trarre da disposizioni della Costituzione espressamente volte a disciplinare altre questioni penalistiche». In definitiva, Esposito concordava nel rigetto, ma con la fondamentale precisazione che la disposizione oggetto del giudizio non era da considerarsi legittima per via della possibilità di adeguare la sanzione attraverso una strada diversa dalla mobilità della pena assicurata dalla previsione di una cornice edittale, ma perché «tale adeguazione non è imposta a pena di invalidità al legislatore penale (anche se le pene mobili e comunque adeguantisi alla personalità del reo rispondono meglio di quelle fisse allo spirito della Costituzione)» (C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 662 ss., i corsivi sono nostri). Sulle pene pecuniarie proporzionali si veda invece la sentenza n. 15 del 1962, in cui si esclude l'illegittimità di norme che prevedano una pena pecuniaria commisurata al valore del bene protetto in quanto simili scelte consentono di «rapportare la pena alla gravità del reato di cui quel valore è un serio indice» e si chiosa, richiamando gli artt. 1 e 27 cod. pen., che questa pena è stata ritenuta compatibile col principio di legalità, e che «la Costituzione non ha regole che contrastano con tale sistema»: altro esempio della tendenza di quegli anni a interpretare la Costituzione alla luce della legge.

capacità di questi principi di conformare e limitare la discrezionalità legislativa sono pure le pronunce che hanno riguardato il finalismo rieducativo, che lungi dall'assurgere a funzione – pur non esclusiva – delle pene le cui possibilità di realizzazione non possono essere irragionevolmente inibite, veniva invece limitato proprio dall'affermazione della loro polifunzionalità⁶⁰ e confinato al campo dell'esecuzione⁶¹, oltre alle prime decisioni sul principio di determinatezza, decisamente oscillanti circa presupposti e possibilità d'integrazione dei precetti per via regolamentare⁶².

2.5. Norme penali e incompetenza. Il monopolio della legge statale e l'ammissibilità degli atti equiparati.

Un ultimo profilo d'interesse riguarda il vizio dell'incompetenza, che in materia richiama alla mente la questione del carattere statale della riserva di legge penale. Fin dal 1956, la Corte si è pronunciata più volte nel senso dell'attribuzione esclusiva del «magistero punitivo» in capo allo Stato⁶³: da un lato perché la privazione della libertà personale implica una tale invasività sulla persona umana che si può decidere solo alla luce della «generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale» garantita dalla legge statale, dall'altro per via della necessità di garantire alcuni cardini dell'ordine costituzionale, quali i principi di eguaglianza e di unità e indivisibilità della Repubblica⁶⁴.

⁶⁰ Ne rappresenta un buon esempio la sentenza n. 12 del 1966, dove peraltro la lettura congiunta del finalismo rieducativo con il divieto di pene contrarie al senso di umanità porta la Corte ad affermare che i Costituenti avrebbero «inteso soltanto segnare dei limiti, mirando essenzialmente ad impedire che l'afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto col senso di umanità», e che dunque il finalismo rieducativo, «dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto».

⁶¹ Significativa in tal senso la sentenza n. 48 del 1962 in tema di inapplicabilità ai reati elettorali dei benefici della sospensione condizionale della pena e della non menzione della condanna, dove si afferma molto nettamente che il finalismo rieducativo è un principio confinato alla sola fase esecutiva delle pene.

⁶² Si vedano le sentenze n. 36 e 96 del 1964, in cui pare affermarsi la tesi della disobbedienza in quanto tale e la sentenza n. 26 del 1966, in cui invece emerge quella della sufficiente specificazione. Anche se va detto che sul diverso versante della costruzione del precetto, l'ammissibilità del ricorso a una tecnica esemplificativa affermata nei primi anni di giurisprudenza dalla sentenza n. 27 del 1961 in poi (si veda pure la n. 120 del 1963) continua a soddisfare il principio di determinatezza anche in pronunce recenti (è ad esempio il caso della sentenza n. 172 del 2014).

⁶³ Sentenza n. 6 del 1956.

⁶⁴ Sentenza n. 21 del 1957. In senso conforme si vedano le sentenze n. 58 del 1959, n. 13 del 1961. In questa sede è comunque interessante richiamare una pronuncia decisamente eccentrica rispetto a questa linea giurisprudenziale, la sentenza n. 104 del 1957. La Corte era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 67 legge reg. siciliana n. 29 del 1951, con il quale veniva estesa alle elezioni dell'Assemblea siciliana il delitto di cui all'art. 72 d.P.R. n. 26 del 1948 («Testo unico delle leggi per la elezione della Camera dei Deputati») riguardante l'ipotesi del turbamento di una riunione di propaganda elettorale. La pronuncia muove dalla constatazione dell'esistenza dell'«ormai antica e non interrotta tradizione legislativa» che vuole, nell'ambito di tutte le leggi elettorali, la previsione di reati e pene per ognuna delle tre fasi delle operazioni di voto – la fase preparatoria, la votazione e lo scrutinio – che, «date le finalità peculiari alle leggi stesse, costituisce un necessario complemento e una particolare caratteristica». Da qui, la Corte sostiene «che sia giustificato e risponda ad una razionale interpretazione dell'art. 3 dello Statuto siciliano, ritenere che

Il principale nodo sul punto riguarda in realtà la questione dell'ammissibilità del ricorso ad atti equiparati alla legge in materia penale, peraltro implicitamente avallato fin dall'inizio degli anni Sessanta⁶⁵.

2.6. *Minime conclusioni: la prima giurisprudenza costituzionale e il potere discrezionale del Parlamento.*

Dalla giurisprudenza passata in rassegna può in generale cogliersi una grande prudenza nel condurre i giudizi e, come si diceva, una tendenza alla conservazione che però non ha significato anche che la Corte abbia rinunciato a espungere dall'ordinamento varie norme del tutto antitetiche rispetto alla Costituzione. E quando ha preferito optare per una meno invasiva interpretativa di rigetto, il fatto che la magistratura spesso non l'abbia seguita su questo terreno ha poi portato i giudici di Palazzo della Consulta a cominciare ad abbracciare lo schema della 'doppia pronuncia'⁶⁶.

Ciononostante, la Corte non ha mai fatto ricorso nelle sue argomentazioni all'art. 28 della legge n. 87 del 1953, il quale esclude com'è noto dal controllo di legittimità delle leggi «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Una disposizione su cui si potrebbe dir molto⁶⁷, a

l'attribuzione di competenza ad emanare la legge per le elezioni dei deputati all'Assemblea regionale, si riferisca alla legge elettorale nel suo complesso, considerata cioè nella sua tradizionale struttura, comprendente quindi sia i precetti e i divieti concernenti le operazioni elettorali, sia le disposizioni di carattere penale che, per quanto si è detto, vi sono connesse. Com'è chiaro, dopo quanto si è esposto, si tratta di attribuzione di competenza legislativa di carattere eccezionale, che deroga, per la materia in esame, al principio generale che si ricava dall'art. 25 della Costituzione». Un'eccezione che nel dibattito scientifico sarebbe stata ricordata a lungo. «Il favore iniziale della giurisprudenza per la potestà legislativa penale della Regione Sicilia», verrà osservato a distanza di quasi mezzo secolo, «il progressivo consolidamento attraverso un nutrito *case law* dell'indirizzo negativo propugnato dalla Corte costituzionale, la sterilizzazione della norme di uno Statuto regionale che l'aveva prevista segnano il percorso della risposta data, nell'arco di un cinquantennio, al problema della potestà legislativa penale delle Regioni che la costituzione repubblicana e gli statuti delle Regioni ad autonomia speciali avevano lasciato aperto» (S. VINCIGUERRA, *La tutela penale dei precetti regionali cinquant'anni dopo*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 111).

⁶⁵ Si veda la sentenza n. 53 del 1961, in cui la Corte non giudica aprioristicamente illegittime norme penali contenute in leggi di delegazione e in un regio decreto.

⁶⁶ Molto significativo il caso della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 t.u.l.p.s. («Il prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica») disposizione in grado di incidere sui più svariati diritti fondamentali. Dopo una prima pronuncia interpretativa di rigetto (sentenza n. 8 del 1956) proprio la sconfessione da parte della magistratura dell'interpretazione della disposizione legislativa abbracciata dalla Corte avrebbe portato quest'ultima a optare appena tre anni dopo per un'interpretativa di accoglimento (sentenza n. 26 del 1961).

⁶⁷ Si è ad esempio osservato che la prima parte della disposizione sarebbe «pleonastica», in quanto un controllo avente come parametro la Costituzione escluderebbe già da sé «ogni valutazione di natura politica», mentre la seconda, quella sul divieto di «ogni sindacato sul potere discrezionale del Parlamento», si sarebbe ben presto scontrata con una Costituzione per principi «che predispone regole e istituti» ad essi funzionali, il che spiega la successiva espansione del parametro di legittimità «specie con riferimento al canone della ragionevolezza, e con esso al controllo sull'uso del potere discrezionale del Parlamento in termini di congruità degli strumenti impiegati dalla legge rispetto ai

partire dal dubbio che una disposizione di legge ordinaria possa inibire un intervento, come quello della Corte costituzionale, ascrivibile a una funzione che discende direttamente dalla Costituzione. Certo è che la Corte non la richiamò nemmeno in quel primo decennio di attività, in cui pure era così attenta a rispettare la discrezionalità legislativa.

Non a caso, in materia penale le norme colpite da declaratorie d'illegittimità costituzionale configuravano non un vizio funzionale – o se si vuole, d'irragionevolezza – ma violazioni dirette della Costituzione, collocandosi *in radice* al di là del legittimo esercizio di funzione legislativa per aver valicato i limiti negativi posti dalle disposizioni costituzionali: un problema di discrezionalità in quei casi neppure si poneva⁶⁸.

In un contesto costellato da incertezze, con una politica che non indirizzava ancora il meglio delle proprie forze all'attuazione della Costituzione e una magistratura tendenzialmente conservatrice, è possibile che alla Corte non si potesse chiedere molto di più. E tuttavia, di lì a poco, la svolta politica con cui sul finire del 1963 nacque il primo centro-sinistra e il successivo sorgere in seno ai giudici di una nuova sensibilità costituzionale avrebbero preparato il terreno su cui, negli anni delle conquiste dei diritti civili e sociali, la «Cenerentola della Carta repubblicana» avrebbe aumentato la propria capacità d'incidenza sulla dinamica ordinamentale, ritagliandosi un ruolo più sempre protagonista: era l'inizio del «disgelo costituzionale»⁶⁹.

3. Il disgelo costituzionale. La progressiva incidenza del principio di eguaglianza e le prime manipolative in materia penale.

A partire dalla metà degli anni Sessanta il contesto muta radicalmente. Muta sul piano politico, con l'avvento del primo centro-sinistra. E muta su quello giudiziario, a partire dal XII congresso dell'Associazione nazionale magistrati tenuto a Gardone Riviera nel 1965; evento che segnerà l'inizio di una generale, progressiva riscoperta dei valori della Carta repubblicana nella magistratura e l'emersione di un'autocomprensione che la vedrà co-responsabile dell'attuazione costituzionale⁷⁰.

fini perseguiti». Il divieto si sarebbe poi tradotto in un'autolimitazione della Corte nei casi in cui il caso ad essa sottoposto è connotato dall'assenza di una scelta costituzionalmente obbligata, aprendosi a una pluralità di scelte legislative (C. PINELLI, *Diritto pubblico*, II ed., Bologna, 2022, 489).

⁶⁸ Osservava già G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 381 che il tratto discrezionale o meno delle leggi non si sarebbe dovuto legare all'interpretazione dell'art. 134 Cost., ricavandosi invece «dalla complessiva regolamentazione materiale delle leggi, quale è contenuta nella costituzione», per cui è il rinvenimento nelle norme costituzionali di «un fine in senso tecnico, come autonomo elemento degli atti legislativi che ne risulterebbe vincolato» che implicherebbe la possibilità di rilevare, nella violazione di queste norme, un «eccesso di potere» (che, come si è detto, è un altro modo per indicare il vizio funzionale delle disposizioni legislative).

⁶⁹ A. PIZZORUSSO, *Il disgelo costituzionale*, in F. Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, II, 2, Torino, 1995, 113 ss.

⁷⁰ Non a caso a Gardone Riviera nascerà la stessa idea dell'interpretazione conforme alla Costituzione. Tale congresso è – crediamo di poter dire, pacificamente – individuato come un punto di svolta nella storia della magistratura italiana, avendo segnato «l'apertura», da parte della stessa, «alla complessiva tavola di valori della Costituzione» (E. BRUTI LIBERATI, *L'Associazione dei*

Dopo Gardone Riviera comincerà infatti una fase in cui i giudici italiani apparivano decisamente più inclini a sollevare questioni di legittimità costituzionale e dunque a valorizzare le possibilità offerte dalla previsione del giudizio in via incidentale, ponendo peraltro assai spesso l'accento sull'intreccio fra legalità penale ed eguaglianza⁷¹. In breve, entrambi i poteri a cui la Corte costituzionale è costretta per definizione a guardare, il legislativo e il giudiziario, cominciavano a proiettare il proprio agire tenendo molto di più in conto la questione dell'attuazione costituzionale.

Ma questi sono anche gli anni in cui qualcosa cambia anche nella scienza giuridica, nel cui seno germoglia quella ricca corrente di pensiero rappresentata dal costituzionalismo penale italiano, che nasce e si struttura soprattutto attorno alle riflessioni di Franco Bricola⁷². Un'idea nuova del rapporto fra diritto penale e Costituzione repubblicana, imperniata attorno all'idea che la Costituzione non fosse un semplice limite al potere di punire, ma ne rappresentasse il suo stesso fondamento. Studi che in quegli anni si accompagnavano peraltro a tutta una serie di ricerche di diritto costituzionale che, quasi in parallelo, miravano anzitutto alla riscoperta del diritto fondamentale alla libertà personale⁷³.

In questo contesto, il nuovo *humus* culturale-costituzionale⁷⁴ porterà con sé rilevanti cambiamenti nella giurisprudenza della Corte in materia penale nel quindicennio

magistrati italiani, in Id. e L. Palamara (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano, 2010, 7). Rende perfettamente l'idea della definitiva sanzione di un cambio di paradigma culturale il passaggio della mozione finale in cui si afferma che «spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale». Sulle determinazioni assunte al congresso di Gardone è stato comunque autorevolmente osservato che, «se allora si registrò un indiscutibile salto culturale, i suoi effetti pratici avrebbero potuto compiutamente dispiegarsi solo in corrispondenza di una parallela crisi della politica che allora era ben lontana dal manifestarsi» (M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 1, 2013, 12, nota 60).

⁷¹ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 114 ss. L'autore rammenta, tra le altre cose, proprio l'importanza del congresso, facendo notare come nell'ottica del diritto penale sostanziale, l'innovazione più rilevante consistesse proprio nella «scelta della magistratura di mettere al centro della "questione criminale" il problema dell'eguaglianza dei cittadini», in corrispondenza con un interesse sempre più intenso nei partiti politici – e in particolare in quelli «di sinistra» – proprio verso la «questione criminale», in una prospettiva di riflessione sulle riforme istituzionali.

⁷² Pensiero compendiato in F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, 1973, 7 ss.

⁷³ Pensiamo a quelle di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967 e A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, oltre a quella di L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, che pur precedendole di qualche anno era indubbiamente ispirata da una spiccata sensibilità garantista.

⁷⁴ La profondità del legame fra cultura e diritto costituzionale non è certamente un'acquisizione ignota agli studiosi della costituzione. Le sue implicazioni, in una prospettiva decisamente normativa, trascorrono fra le altre la ricerca di Peter HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, II ed., Berlin, 1982 (tr. it. di J. Luther, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Bari, 2011).

che porta dalla metà degli anni Sessanta alla fine degli anni Settanta. Cambiamenti sintomatici di un mutamento di sensibilità in capo all'organo⁷⁵ che, seguendo il filo conduttore della tassonomia dei tre vizi delle disposizioni legislative da cui abbiamo preso le mosse⁷⁶, si sostanziano per lo più nelle pronunce relative a quello dell'irragionevolezza.

3.1. *La necessità costituzionale di tutela dei diritti fondamentali e le prime manipolative.*

Invero, nonostante le innovazioni principali germineranno alla luce dell'ascrizione di una maggiore pregnanza normativa al principio di eguaglianza⁷⁷, sono di questi anni anche importanti anche pronunce in cui altre norme penali risalenti al regime fascista vengono espunte per violazione diretta della Costituzione in materia di diritti fondamentali. Pensiamo ad esempio alla giurisprudenza su alcune norme del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza fortemente limitative fra le altre della libertà di riunione⁷⁸, o alle decisioni su norme ritenute in contrasto con l'esercizio della libertà di associazione⁷⁹.

E ancora, pensiamo alla giurisprudenza relativa alla libertà di manifestazione del pensiero, definita in quegli anni «pietra angolare dell'ordine democratico»⁸⁰: qui,

⁷⁵ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 115 sottolinea che anche il cambiamento della composizione della Corte avrebbe avuto un peso decisivo nei nuovi apprendimenti giurisprudenziali di questo periodo.

⁷⁶ Ossia violazione diretta della Costituzione, irragionevolezza e incompetenza.

⁷⁷ In realtà, è opportuno precisare che non è solo il principio di eguaglianza a vedere incrementata la propria normatività, ma la legalità costituzionale a un livello più ampio. Peraltro, sebbene è nel giudizio di eguaglianza che in questi anni i cambiamenti risultano più evidenti, non è senza significato far presente sin d'ora come in realtà nel giudizio condotto alla luce dell'art. 3 Cost entrano comunque in gioco le implicazioni normative di altri principi costituzionali, come illustreremo più oltre.

⁷⁸ Sentenze n. 90 del 1970 (illegittimità costituzionale dell'art. 18, terzo comma, t.u.l.p.s. nella parte in cui puniva anche chi, non essendo a conoscenza della mancanza di preavviso della riunione in luogo pubblico, prendeva la parola nella riunione in questione) e n. 11 del 1979 (in cui, facendosi per così dire un passo in avanti rispetto alla pronuncia di nove anni prima, viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della stessa disposizione nella parte in cui incriminava coloro che prendevano la parola in riunione pur essendo a conoscenza della mancanza di preavviso). Di questi anni pure la sentenza n. 160 del 1976, la quale però riguardava il termine dilatorio entro il quale l'autorità può valutare l'eventuale sussistenza di motivi in grado di giustificare il divieto di riunione in luogo pubblico, rispetto al quale riconosce un ragionevole esercizio di discrezionalità legislativa nella sua individuazione in tre giorni: com'è evidente, questo tipo di declinazione della funzione legislativa è però riconducibile al suo limite funzionale, e dunque non si potrebbe avere una violazione diretta della Costituzione come nei casi passati in rassegna in precedenza, quanto – al massimo – un'ipotesi d'irragionevolezza. Il che dimostra come dalla complessità delle strutture normative preesistenti che assurgono a parametro possano derivare possibilità di esercizio della funzione legislativa affatto differenti, nonostante potenzialmente incidenti sulle stesse situazioni giuridiche soggettive.

⁷⁹ Sentenza n. 114 del 1967, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 210 t.u.l.p.s. relativo al potere attribuito al prefetto di sciogliere delle associazioni «che svolgono un'attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello Stato» per l'impossibilità di ascrivere loro una funzione di tutela di un valore di rilievo costituzionale.

⁸⁰ Sentenza n. 84 del 1969, punto 5 del *Considerato in diritto*.

importanti decisioni sono state pronunciate in tema di boicottaggio⁸¹, di propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale⁸², di apologia di reato⁸³ e, ancora, d'istigazione all'odio fra le classi sociali⁸⁴. Una giurisprudenza, quella su questa particolare libertà, che alla luce della peculiare morfologia del diritto fondamentale si è tradotta in varie pronunce interpretative – a seconda dei casi, di rigetto e di accoglimento – nelle quali la Corte costituzionale ha cercato di *ritagliare*, per così dire, la dimensione di legittimità dei limiti al suo esercizio. Iniziano così a esser pronunciate le prime manipolative anche in materia penale, elemento sintomatico di una certa qual ridefinizione dell'autocomprensione della Corte. E non mancano casi in cui si fa salva la legittimità della norma ponendo in essere un'autentica «riallocazione assiologica» del fondamento della disposizione⁸⁵; questioni su cui magari, alla luce di giudici comuni che spesso non avvertivano l'interpretazione della Corte come vincolante o condivisibile, il Giudice delle Leggi, adito nuovamente sulla questione, avrebbe optato per l'accoglimento⁸⁶. Sono tendenze che trascorrono gli assestamenti ordinamentali di quegli anni e che hanno un peso decisivo nella definizione dei confini del legittimo esercizio della funzione legislativa, la quale ha molto a che fare con i momenti dell'interpretazione e dell'applicazione, col passaggio dalla disposizione alla norma.

Un ulteriore linea giurisprudenziale d'interesse ha poi riguardato l'istituto dello

⁸¹ Il riferimento è ancora alla sentenza n. 84 del 1969, interpretativa di accoglimento che dichiara l'illegittimità dell'art. 507 cod. pen. per violazione dell'art. 21 Cost. limitatamente alla circostanza in cui ricomprenda ipotesi di propaganda non suscettibili di «assumere dimensioni tali e raggiungere un grado tale di intensità e di efficacia da risultare veramente notevole».

⁸² Sentenza n. 87 del 1966, con cui si dichiara l'illegittimità della fattispecie di cui all'art. 272, secondo comma, cod. pen.

⁸³ Sentenza n. 65 del 1970, interpretativa di rigetto con cui la Corte rileva la legittimità dell'art. 414, ultimo comma, cod. pen. nella misura in cui l'apologia «per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti».

⁸⁴ Sentenza n. 108 del 1974, manipolativa con la quale si dichiara l'illegittimità dell'art. 415 cod. pen. nella parte in cui non specifica che l'istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità.

⁸⁵ A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 334 ss. che richiama il caso della sentenza n. 9 del 1965, in cui la Corte costituzionale rigetta la questione di legittimità costituzionale degli artt. 553 cod. pen. e 112 t.u.l.p.s., che vietavano le condotte di propaganda di pratiche contro la procreazione, sottolineando la riallocazione assiologica dal valore dell'incremento demografico a quello del buon costume, espressamente abbracciato dalla Costituzione del 1947.

⁸⁶ È ancora il caso della già richiamata questione delle norme che punivano la propaganda di pratiche contro la procreazione, su cui la Corte costituzionale, nuovamente adita sul punto, finisce per accogliere la questione (sentenza n. 49 del 1971). Interessante qui l'argomento per cui la questione del contenimento delle nascite avrebbe assunto al tempo un tale rilievo «da non potersi ritenere che, secondo coscienza comune e tenuto conto del progressivo allargarsi della educazione sanitaria, sia oggi da ravvisarsi un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione dei vari aspetti di quel problema». Passaggio che accostato agli snodi argomentativi della prima interpretativa di rigetto ha portato A. LONGO, *op. ult. cit.*, 338 a osservare che «la riallocazione del fondamento assiologico operato dalla prima sentenza, non solo determina un mutamento del senso concreto delle norme in oggetto, ma apre anche la strada alla seconda pronuncia». Sono dettagli apparentemente paragonabili a gocce nel mare della giurisprudenza costituzionale, non solo in materia penale; e tuttavia proprio in passaggi come questo si colgono i sommovimenti che attraversavano la dinamica costituzionale di quegli anni.

sciopero⁸⁷, il cui diritto – che «si esercita nell’ambito delle leggi che lo regolano» (art. 40 Cost.) – sta e cade con la libertà sindacale, dalla quale non può esser logicamente disgiunto⁸⁸. La giurisprudenza costituzionale ha progressivamente allargato le maglie nelle quali il suo esercizio si considera legittimo: muovendo dall’iniziale ancoraggio ai fini di carattere economico⁸⁹, la Corte giungerà infatti ad affermare a metà anni Settanta la legittimità dello «sciopero politico-economico», pur continuando a escluderla nei casi di aggressione ai valori costituzionali⁹⁰. Di tenore simile sono state poi alcune pronunce in tema di serrata, in cui la Corte ha fatto ricorso o all’interpretativa di rigetto, ancora una volta lo strumento funzionale a una progressiva liberalizzazione dell’esercizio del diritto⁹¹, o ad accoglimenti parziali, mirati⁹². Il contesto d’azione del giudice costituzionale era ormai

⁸⁷ Com’è stato sottolineato, la natura di *istituto* deriva dalla reciproca irriducibilità della dimensione di libertà pubblica dello sciopero e di quella di diritto economico sociale (C. PINELLI, *Lo sciopero nel dibattito alla Costituente e nella giurisprudenza costituzionale*, in Id., *Lavoro e Costituzione*, Napoli, 2021, 65, il quale sottolinea come l’incremento della complessità giuridica intorno allo sciopero alla luce della sua caratterizzazione come istituto abbia marcato una netta differenza rispetto al tempo in cui veniva ritenuto espressivo di un potere di fatto addirittura accostabile alla guerra).

⁸⁸ Così, già la sentenza n. 29 del 1960.

⁸⁹ Sentenza n. 123 del 1962 in tema di sciopero di solidarietà, interpretativa di rigetto con cui la Corte ha respinto la questione di legittimità degli artt. 330, 504 e 505 cod. pen. in quanto il giudice comune potrà riconoscere l’applicabilità dell’esimente di cui all’art. 51 cod. pen. («Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere») «in tutti quei casi rispetto ai quali l’accertamento degli elementi di fatto conduca a far ritenere che lo sciopero costituisca valido esercizio del diritto garantito dall’art. 40». La pronuncia lasciava invece fuori dall’area di esercizio legittimo dello sciopero le ipotesi di abbandono del lavoro passibili di ripercuotersi sulla sua regolarità e continuità.

⁹⁰ «L’astensione collettiva dal lavoro, se finalizzata a scopi economici, non può neppure essere assunta a legittima causa giustificatrice di licenziamento o di altre misure previste dalla disciplina del rapporto di lavoro... ma non ne discende che, se volta ad altri scopi, essa astensione, pur conservando ogni rilevanza nell’ambito della disciplina del rapporto di lavoro, debba o quantomeno possa sempre essere qualificata illecito penale. Lo sciopero, invero, acquista rilievo costituzionale in una duplice direzione: come specifico strumento di tutela degli interessi che fanno capo ai lavoratori, ed in tal caso il suo esercizio non può dar luogo ad alcuna conseguenza svantaggiosa per coloro che vi partecipino; e come manifestazione di una libertà che non può essere penalmente compressa se non a tutela di interessi che abbiano rilievo costituzionale» (così, la nota sentenza n. 290 del 1974, che dichiarava così l’illegittimità costituzionale dell’art. 503 cod. pen. nella parte in cui puniva anche lo sciopero politico non diretto a sovvertire l’ordinamento costituzionale o ad impedire od ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare). Nella penalistica sono state avanzate autorevoli critiche a questa soluzione alla luce delle possibili problematiche applicative della norma rimodulata dalla Corte, anche per via dell’aver lasciato in piedi la rilevanza penale delle forme di sciopero non coperte dal dispositivo di accoglimento (così T. PADOVANI, *I delitti di sciopero e di serrata*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 265). E tuttavia, pur al netto dei limiti del caso dettati da un approccio «abbastanza selettivo» da lasciare in piedi ipotesi di sciopero non giustificabili alla luce dei valori costituzionali, la giurisprudenza della Corte tendeva incontrovertibilmente a un approccio sempre più liberale alla questione (C. PINELLI, *Lo sciopero nel dibattito alla Costituente e nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 66).

⁹¹ Pensiamo alla sentenza n. 141 del 1967 in tema di serrata per protesta, dove il rigetto della questione rispetto all’art. 505 cod. pen. si argomenta nei limiti in cui la protesta non riguardi ragioni legate alla disciplina del lavoro.

⁹² Sentenza n. 22 del 1975, con cui viene dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 506 cod. pen. nella parte in cui punisce la sospensione del lavoro effettuata per protesta dagli esercenti di

completamente diverso da quello del primo decennio: si pensi anche solo al fatto che, rimanendo in tema, appena quattro anni prima di questa sentenza era stato approvato lo Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970).

Al di là di queste e altre importanti declaratorie d'illegittimità di norme gravemente lesive dei diritti fondamentali⁹³, va però detto che non sempre, in quegli anni, norme altrettanto antitetiche rispetto all'assiologia costituzionale e ancora presenti nella legislazione sono giunte di fronte alla Corte. Una plausibile spiegazione di questa difficoltà potrebbe essere forse individuata nel fatto che molte disposizioni legislative stavano gradualmente cadendo in desuetudine, il che rendeva sempre più rara – alla luce della logica del giudizio in via incidentale – l'eventualità che le relative questioni di legittimità valicassero le porte di Palazzo della Consulta⁹⁴.

3.2. *La graduale emersione del principio di colpevolezza.*

Rimanendo alle ipotesi di violazione diretta della Costituzione, in questo periodo comincia a cambiare qualcosa anche in relazione all'interpretazione della responsabilità penale delineata dall'art. 27, primo comma.

Di fatti, seppure in alcune pronunce si diede ancora seguito all'impostazione abbracciata nei primi anni di attività – divieto di responsabilità per fatto altrui e legittimità di ipotesi di responsabilità oggettiva – la Corte cominciò ad andare molto più in profondità nell'analisi delle questioni, iniziando a ridurre il campo applicativo della responsabilità oggettiva sul piano ermeneutico attraverso il ricorso ad interpretative di rigetto⁹⁵. E dagli anni Settanta, sempre tramite l'utilizzo oculato del rigetto interpretativo, veniva gradualmente a emersione anche la colpevolezza, che si sarebbe avvinta al divieto di responsabilità per fatto altrui in pronunce in cui,

piccole aziende industriali o commerciali che non hanno lavoratori alla loro dipendenza».

⁹³ Pensiamo, fra le varie, alla sentenza n. 54 del 1979, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del r.d. n. 5726 del 1870 sull'estradizione fra Italia e Francia nella parte in cui consentiva l'estradizione per i reati sanzionati con la pena di morte nell'ordinamento dello Stato richiedente, in quanto «deve considerarsi lesivo della Costituzione che lo Stato italiano concorra all'esecuzione di pene che in nessuna ipotesi, e per nessun tipo di reati, potrebbero essere inflitte in Italia nel tempo di pace, se non sulla base di una revisione costituzionale».

⁹⁴ Fa notare V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica*, 2013, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it>, 6, come in diversi casi, nonostante l'evidente contrasto della norma penale con la Costituzione, la questione di legittimità costituzionale venne proposta solo a distanza di decenni a causa della sua non frequente applicazione, richiamando come esempio il caso della declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 271 cod. pen., punitivo delle associazioni volte a «deprimere il sentimento nazionale» (sentenza n. 243 del 2001) giunta quasi quarant'anni dopo quella pronunciata per violazione della libertà di associazione della fattispecie di propaganda antinazionale di cui all'art. 272, secondo comma, cod. pen. (sentenza n. 87 del 1966).

⁹⁵ Così C.F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 14, il quale richiama le sentenze n. 79 del 1963 in tema di frodi nel commercio di sostanze di uso agrario e di prodotti agrari e n. 42 del 1965 sull'art. 116 cod. pen. («Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti») alle quali avrebbero poi fatto seguito altre pronunce con la stessa impostazione, fra le quali le decisioni n. 54 del 1964 in tema di ricerca archeologica non autorizzata, n. 42 del 1966 in tema di caricazione oltre la marca di bordo libero (art. 1217 cod. nav.) n. 62 del 1967 su una norma del testo unico delle leggi sugli spiriti.

pur non negandosi l'illegittimità di forme di responsabilità oggettiva, si sottolineava allo stesso tempo l'esistenza di una componente colpevolistica nelle fattispecie⁹⁶. Finché con la sentenza n. 259 del 1976 non emerge finalmente in maniera esplicita l'affermazione del contrasto fra la personalità della responsabilità penale richiesta dall'art. 27, primo comma, Cost. e le ipotesi di responsabilità oggettiva: la Corte giunge in questo caso a un assai significativo accoglimento⁹⁷, affermando un assetto interpretativo che accompagnerà la sua giurisprudenza fino allo spartiacque della sentenza n. 364 del 1988 sull'*ignorantia legis*.

3.3. *L'espansionismo normativo del principio d'eguaglianza alla luce dell'assiologia costituzionale.*

Spostandoci sulla dorsale del vizio funzionale – o irragionevolezza – la giurisprudenza costituzionale di questi anni presenta come anticipavamo novità ancor più rilevanti.

Prendiamo ad esempio in considerazione l'eguaglianza, che nel periodo in questione è il principio che forse più di ogni altro incontra una ridefinizione interpretativa all'interno del giudizio costituzionale, accompagnandosi a una più complessiva, rinnovata considerazione dei valori costituzionali e con essa una rimodulazione dei percorsi ermeneutici, siano essi relativi alle norme legislative o a quelle costituzionali. In fondo, volgendo lo sguardo indietro, ai primi dieci anni di attività, l'impostazione di questo tipo di giudizio era stata decisamente oscillante⁹⁸, se non proprio contraddittoria, tra l'affermazione di criteri

⁹⁶ Si vedano le sentenze n. 33 del 1970 (sull'imputabilità in caso di commissione del fatto in stato d'ubriachezza volontaria, colposa o preordinata, dove si sottolinea la presenza di una componente di colpevolezza nel comportamento iniziale causativo dell'ubriachezza) n. 21 del 1971 (in tema di rissa aggravata, in cui la Corte riprende argomenti analoghi) n. 6 del 1972 (in tema di lesioni gravi o gravissime, nella quale leggiamo della necessità espressa dalla fattispecie di cui all'art. 583 cod. pen. di un «rapporto di causalità psicologica») n. 105 del 1975 (in tema di differenze fra la quantità delle merci al loro arrivo alla dogana di destinazione e quella indicata nella «bolletta di cauzione») n. 173 del 1976 (in tema di responsabilità penale del titolare dell'azienda per omesso pagamento di contributi assicurativi legati a infortuni sul lavoro e malattie professionali).

⁹⁷ «... è palese il contrasto con l'art. 27 della Costituzione», osserva la Corte, «poiché, mentre questo afferma la personalità della responsabilità penale», le norme oggetto del giudizio «contengono delle evidenti previsioni di responsabilità oggettiva, poiché prescindono del tutto dalla valutazione dell'elemento psicologico nella condotta del soggetto e comminano la confisca delle cose destinate a commettere il reato, senza tener conto alcuno della loro appartenenza». Ha però osservato C.F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, cit., 16 che non era affatto chiaro se la pronuncia facesse riferimento al divieto di responsabilità per fatto proprio incolpevole oppure alla responsabilità penale per fatto altrui.

⁹⁸ Incertezze sono rilevate ad esempio nella ricerca di A.S. AGRÒ, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 903 ss., che ricostruisce schematicamente i) la fase in cui la Corte fa leva sui soli criteri richiamati dalla disposizione dell'art. 3, primo comma, Cost. (sentenza n. 3 del 1957) ii) la fase, di poco successiva, in cui non si preclude più radicalmente la legittimità di norme di legge che assumano a criterio di differenziazione uno di quelli elencati dalla Costituzione, ma si evidenzia la necessità di verificare la ragione sottostante alle norme legislative (sentenza n. 56 del 1958) iii) la fase dell'estensione dei limiti alla funzione legislativa oltre quelli esplicitati nell'art. 3, primo comma e dell'emersione della ragionevolezza come canone di valutazione della legittimità del suo esercizio (sentenza n. 15 del 1960).

potenzialmente molto incisivi in termini di limitazione della funzione legislativa – *in primis* la ragionevolezza⁹⁹ – e pronunce di spiccato rispetto della stessa: nel trarre un bilancio di quella fase, l'apprendimento di fondo non poteva in effetti andare molto oltre la presa d'atto della teorica capacità dell'eguaglianza di assurgere a vincolo di contenuto della funzione legislativa¹⁰⁰. Da questo punto di vista, dalla metà degli anni Sessanta in poi la giurisdizione costituzionale fa un significativo passo in avanti.

Un elemento da tener presente nella lettura di questa giurisprudenza è in particolare, come accennavamo, l'incidenza nel giudizio di eguaglianza di altri valori costituzionali nella loro positivazione in forma di principi: la loro capacità di dar una forma o – meglio – *un senso assiologico* alle valutazioni sulla legittimità delle differenziazioni e delle equiparazioni legislative¹⁰¹. Una capacità che emerge in particolare da due sintomi, rappresentati da un lato dall'invocazione congiunta come parametro di altri diritti fondamentali accompagnati all'eguaglianza, dall'altro dalla frequente conduzione del giudizio costituzionale alla luce di principi non esplicitamente richiamati nella prospettazione della questione posta alla Corte¹⁰².

⁹⁹ Si veda ad esempio la sentenza n. 16 del 1960, in cui si parla di «patente irragionevolezza» e «manifesto arbitrio» come vizi dell'esercizio della funzione legislativa.

¹⁰⁰ Così, L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 142, il quale sottolinea come ciò fosse nel contesto italiano dell'epoca tutt'altro che scontato, in quanto non mancavano autorevoli letture – come quella di Carlo Esposito – che escludevano la capacità del principio di eguaglianza di assurgere a fine della legislazione. Non va infatti dimenticato che il dibattito di quegli anni sulla possibilità che la giurisdizione costituzionale coprisse il sindacato per quello che si definiva 'eccesso di potere legislativo' non era ancora del tutto pacificato, diviso fra chi pur nella varietà delle riflessioni spese lo riteneva ammissibile (si vedano ad esempio P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 22 per il quale di eccesso di potere «anche per gli organi legislativi si può parlare nel senso più stretto» e C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, I, 1, 1949, 457 ss., ora in Id., *Raccolta di Scritti. III. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale italiana*, Milano, 1972, 669 ss.) e chi invece lo escludeva (è appunto il caso di C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, cit., 276, che prendendo le mosse dal fatto che il sindacato della Corte è limitato dal tenore del testo costituzionale, conclude che essi si riferiscono al solo sindacato sull'atto e sulla norma, mentre «non parlano mai di un controllo sulla attività legislativa, sui motivi interiori della volizione legislativa, sulla direzione subiettiva di tale volontà, sugli elementi insomma che costituiscono oggetto del sindacato per eccesso di potere»). Merita di essere ricordata sul punto anche la tesi di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, 1955, 138, nota 400, che osservava come l'efficacia del principio di eguaglianza non risiederebbe tanto nella costituzionalizzazione del principio della causalità e dunque funzionalità degli atti, ma «quella di aver posto un criterio positivo, e immediatamente cogente per *tutti* gli organi dello Stato, nella determinazione della causa o funzione». In una differente prospettiva, in cui si prende in considerazione la normatività dell'eguaglianza in un senso più ampio nell'ordine costituzionale, Pietro RESCIGNO, *Uguaglianza e diritto privato*, in M. Cartabia e T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, cit., 100 sottolinea che il perseguimento dell'eguaglianza «al di là del solo profilo formale rappresenta la radicale, quasi eversiva novità del testo costituzionale».

¹⁰¹ In consonanza, riteniamo di poter dire, con gli apprendimenti che trascorrono la ricerca di A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit.

¹⁰² A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976, 81. Elementi che trovano una sintesi teorica, fra le altre, nelle riflessioni di Franco MODUGNO, *L'invalidità della legge. II*, cit., 343, il quale osserva come tanto il

In generale, la progressiva metamorfosi del giudizio alla luce del principio di eguaglianza si è quindi legata a un'interpretazione più progressista delle *disposizioni costituzionali* dopo un decennio abbondante di letture che avevano invece favorito la conservazione delle *disposizioni legislative*, anche in ipotesi-limite sul piano della compatibilità costituzionale. In altre parole, si verifica come uno spostamento dell'asse ermeneutico delle letture congiunte di legge e Costituzione – meglio: delle disposizioni legislative e delle disposizioni costituzionali – dalla tendenza a interpretare la Costituzione alla luce della legge (*gesetzeskonforme Auslegung*) a quella ad interpretare la legge in conformità alla Costituzione (*verfassungskonforme Auslegung*). Ma l'interpretazione conforme, pur situandosi al «crocevia tra la teoria delle fonti e la teoria ermeneutica»¹⁰³, rimane comunque un mezzo ermeneutico, con tutti i limiti che gli son propri¹⁰⁴, e nell'interpretazione delle disposizioni legislative, specie di quelle anteriori alla Costituzione, questi limiti cominceranno a manifestarsi con una certa frequenza portando a declaratorie d'incostituzionalità. In termini generali appare quindi indubbia una netta deviazione dagli assetti giurisprudenziali dei primi anni, che riguarda *la normatività dispiegata dai principi della Costituzione alla luce della riscoperta della sua assiologia*¹⁰⁵.

divieto di ogni discriminazione arbitraria quanto l'individuazione dei criteri da cui trarre i limiti positivi opposti alla funzione legislativa per vagliare il perimetro oltre il quale questa risulterà «ingiustificata», «arbitraria» o, ancora, «irrazionale», «non possono non ricavarsi dalle *altre disposizioni costituzionali* suscettibili di costituire parametro e che costituiscono quindi nella loro unità sistematica le determinazioni particolari nelle quali si squaderna la regola universale dell'uguaglianza». In senso sostanzialmente conforme pure C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1030, il quale però precisava che, nel caso della previsione di un ingiustificato trattamento di favore nei confronti di alcuni soggetti escludendone altri che vengano a trovarsi nelle stesse condizioni, gli esclusi potrebbero sostenere la violazione del principio di eguaglianza, che in queste ipotesi opererebbe in via autonoma senza che le lesioni trasbordino su quello che l'autore definisce principio «della giustizia», in quanto «il vizio che si fa valere deve risultare dalla mancanza di una qualsiasi giustificazione della differenza di trattamento obiettivamente accertabile» (Id., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 261). Osserva in anni più recenti Gino SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 44 che il principio di eguaglianza, «che per sua natura è privo di un contenuto pretensivo sostanziale perché non è puntualizzabile in una situazione giuridica soggettiva, si pone dunque come valore oggettivo integrativo degli altri valori costituzionali». Un'asserzione che l'autore da ultimo richiamato accompagna peraltro all'interessante precisazione per cui nella letteratura tedesca l'eguaglianza viene invece ricostruita in termini di diritto soggettivo pubblico, in particolare del diritto di difesa (*Abwehrrecht*).

¹⁰³ A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta OnLine*, 2012, 37.

¹⁰⁴ *In primis* il testo, almeno sul piano dei modi deontici degli enunciati. Sebbene sia stato autorevolmente sottolineato come in fin dei conti i limiti dell'interpretazione conforme non si sovrappongano completamente con quello testuale, ove lo si intenda come legittimante la sola interpretazione letterale, perché allora «tanto varrebbe negare, in teoria del diritto e dell'interpretazione, ogni interpretazione dissociativa, restrittiva, estensiva o correttiva delle disposizioni legislative» e risulterebbe incomprensibile la ragione per cui «ciò che non può valere per la normale interpretazione dei testi legislativi debba valere invece per l'interpretazione conforme a Costituzione». Così F. MODUGNO, *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in Id. e F. Rimoli (a cura di), *Sistema e problema: Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2a ed., 2017, 55.

¹⁰⁵ Apprendimento giurisprudenziale che si lega, sul piano teorico, alla «capacità espansiva dei valori

Un buon esempio, che restituisce l'idea del cambiamento rispetto al primo decennio, potrebbe essere individuato nell'*overruling* in tema di adulterio della moglie: nell'arco di appena sette anni, rispetto alla sentenza del 1961 si registra una vera e propria inversione a 'U'. Quasi per una sorta di paradosso, lo stesso «dato sociale» che nel 1961 aveva portato a rigettare la questione¹⁰⁶, stavolta indurrà la Corte ad accoglierla. Il giudice costituzionale non esclude che i «limiti stabiliti a tutela dell'unità familiare» di cui all'art. 29, secondo comma, Cost. possano tradursi in norme penali, né afferma l'aprioristica illegittimità di una diversificazione del trattamento riservato a moglie e marito, che di per sé potrebbe giustificarsi proprio in funzione della tutela di quest'unità. Ma la capacità della norma penale di perseguire questo fine viene esclusa dalla Corte proprio alla luce del cambiamento della «realità sociale»¹⁰⁷: la donna ha ormai «acquistato pienezza di diritti», e la sua partecipazione alla vita pubblica è progressivamente aumentata fino a portarla alla «piena parità con l'uomo»¹⁰⁸. Di conseguenza, la norma penale, «non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità»¹⁰⁹. A disposizione costituzionale e disposizione legislativa invariate, a mutare è il «senso comune»¹¹⁰ e, con esso, l'ascrizione a queste disposizioni del significato – ossia la *norma* – che fra quelli plausibili è il più consono alla mutata sensibilità sociale¹¹¹. La pronuncia, presa in considerazione alla luce di altre sentenze di questi anni in tema di diritto penale di famiglia¹¹², è sintomatica della progressiva incidenza

costituzionali», che si sostanzia nella loro capacità di «*imprimere un determinato senso alle norme ordinamentali*» (A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 346).

¹⁰⁶ Dato sociale allora individuato in un'idea di famiglia imperniata attorno alla figura del marito-padre cui si legava un'asserita maggiore gravità del tradimento compiuto dalla moglie-madre.

¹⁰⁷ Sentenza n. 126 del 1968, punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁸ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁰⁹ Punto 6 del *Considerato in diritto*. In questo richiamo alla dignità delle donne si può rinvenire la conferma di quanto esposto in precedenza in termini generali sull'intersezione fra parametro dell'eguaglianza e altri principi costituzionali nella conduzione del giudizio ex art. 3 Cost.

¹¹⁰ È stato sottolineato che «il senso comune è un *quid* che normalmente sta al di fuori del diritto, come manifestazione dell'*idem sentire*, ossia – kantianamente – espressione di sentimento e non di intelletto. Così configurato, però, il giudizio sul senso comune implica necessariamente un che di arbitrario e di autoritario, sia quanto alla scelta del criterio per individuarlo, sia quanto alla scelta di ciò che, per opposizione, resta al di fuori dell'oggetto che costituisce il *sensus communis*. Queste considerazioni, trasfuse nel giudizio di costituzionalità, rendono altamente “debole” il sindacato della Corte che dovesse fare esclusivamente riferimento al senso comune per decidere controversie di costituzionalità». Di conseguenza, nella giurisprudenza costituzionale è stata rinvenuta una difficoltà «senza dubbio sottesa in tutti quei casi in cui il giudice delle leggi ha dovuto fare riferimento a dati tratti nella realtà dei rapporti materiali per ammettere o escludere questioni di costituzionalità, senz'altro percepita in forma meno grave dove l'accertamento ha assunto come punto di partenza il dato positivo e la *ratio legis*». Così, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 272.

¹¹¹ Ecco emergere una volta ancora quanto *il senso* o se si preferisce *il verso normativo* delle disposizioni – ossia il passaggio dalla 'disposizione' alla 'norma' sul piano dell'interpretazione e applicazione del diritto – sia influenzato dall'incidenza dei valori costituzionali, ovviamente presi in considerazione nella positivizzazione e dunque nella conformazione e limitazione che di essi offrono le strutture rappresentate dai correlativi principi scolpiti nella Costituzione.

¹¹² Per esempio, con la sentenza n. 127 del 1968, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 151, comma 2, cod. civ., il quale, stabilendo le cause per le quali poteva essere chiesta la

dell'azione del giudice costituzionale attraverso il giudizio di eguaglianza, su alcune questioni che andavano peraltro al cuore delle dinamiche sociali dell'epoca. L'eguaglianza, in questi casi alla luce della sua specifica declinazione dell'«eguaglianza morale e giuridica dei coniugi», assurge a limite della funzione legislativa anche di fronte alla scelta fra sanzione civile e sanzione penale, che rappresenta una delle più importanti declinazioni della correlativa discrezionalità¹¹³. Rispetto alla prudenza dei primi anni, si tratta cambiamenti di un certo rilievo, sebbene in altre aree della legislazione gli interventi della Corte alla luce del principio di eguaglianza non siano stati sempre così incisivi¹¹⁴.

3.3.1. *L'eguaglianza di fronte alla pena.*

La linea giurisprudenziale che nella nostra prospettiva è probabilmente la più significativa riguarda però la questione dell'eguaglianza di fronte alla pena, che i giudici cominciano a porre alla Corte con una certa frequenza. Pur muovendo dalla premessa per cui le valutazioni intorno alla congruenza fra reato e pena attengono alla politica legislativa, i giudici di Palazzo della Consulta hanno affermato fin dagli anni Sessanta che un sindacato su queste valutazioni è però possibile nell'ipotesi in cui «la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione»¹¹⁵. Si tratta di una premessa che, pur racchiudendo in sé il paradigma di un marcato rispetto per le scelte legislative in materia, non è affatto priva di significato, vista l'evidente sproporzione sanzionatoria *tra*

separazione personale dei coniugi, elencava fra esse l'adulterio, escludendo, tuttavia, l'ammissibilità dell'azione per adulterio del marito a meno che non concorressero circostanze tali che il fatto costituisse ingiuria grave alla moglie.

¹¹³ Pensiamo qui alla sentenza n. 147 del 1969 con la quale la Corte ha dichiarato illegittimi i reati di relazione adulterina (art. 559, terzo comma, cod. pen.) e concubinato (art. 560, primo comma, cod. pen.). Precisato che «appartiene alla politica legislativa il potere di stabilire, in relazione ad un determinato contesto storico, se siano sufficienti le sanzioni di natura civile o se sia necessario disporre anche misure penali», e muovendo – secondo lo schema dei due precedenti richiamati – dall'incapacità della prima norma di perseguire il fine della tutela dell'unità della famiglia, che anzi rischierebbe di essere *disgregata* a causa del trattamento differenziato delle condotte della moglie e di quelle del marito, la Corte accoglie la questione. Per evitare ulteriori violazioni dell'eguaglianza fra i coniugi, viene peraltro dichiarata anche l'illegittimità costituzionale consequenziale del *tertium comparationis*.

¹¹⁴ Ci viene ad esempio alla mente la questione del rapporto fra norme penali e libertà di religione, su cui si può vedere la sentenza n. 14 del 1973 in tema di bestemmia, con cui la Corte ha rigettato la prospettazione della violazione dell'eguaglianza di tutte le confessioni religiose di fronte alla legge (artt. 7 e 8 Cost.) che secondo i giudici rimettenti sarebbe stata causata dalla sola criminalizzazione delle bestemmie relative alla religione cattolica (art. 724 cod. pen.). Decisivo in questo caso l'argomento per cui la limitazione della tutela penale alla sola religione cattolica «corrisponde alla valutazione fatta dal legislatore dell'ampiezza delle reazioni sociali determinate dalle offese contro il sentimento religioso della maggior parte della popolazione italiana», e la contemporanea esclusione di un sindacato condotto «in base a rilievi quantitativi e statistici o a considerazioni di fatto» dalle possibilità di giudizio nella disponibilità della Corte.

¹¹⁵ Sentenza n. 109 del 1968, con cui la Corte giudica infondata la prospettazione di un'illegittima disparità di trattamento sanzionatorio fra i reati di oltraggio (art. 341 cod. pen.) e ingiuria (art. 594 cod. pen.). Risalendo ancor più indietro, nella sentenza n. 45 del 1967 in tema di reati tributari si sottolinea come affinché sussista una violazione dell'art. 3 Cost. è necessario che si versi in un'ipotesi di «irrazionalità del trattamento differenziato».

fattispecie che non di rado emergeva – e continua a emergere – dalle pagine del codice Rocco. Vero è che però, di fronte a casi di sproporzione particolarmente eclatanti¹¹⁶ la Corte ha quasi sempre rigettato le relative questioni di legittimità, talvolta addirittura dichiarandone l'infondatezza manifesta¹¹⁷, affermando chiaramente che «la questione esula da un qualsivoglia riscontro di costituzionalità, poiché attiene a scelte di politica legislativa»¹¹⁸. Argomento che, nelle varie vesti che assunse in quegli anni, restituisce l'immagine di un rispetto della discrezionalità legislativa in grado di legittimare addirittura ipotesi di denegata giustizia costituzionale.

Altri rigetti sono peraltro giunti anche su questioni relative alla legittimità dell'equiparazione sanzionatoria tra *fattispecie* diverse sul piano della gravità del fatto commesso. In questi casi è stato decisivo l'argomento per cui il giudice può comunque modulare la risposta sanzionatoria tra il minimo e il massimo edittale, oltre a fare ricorso alle circostanze attenuanti generiche¹¹⁹.

Nel frattempo che il quadro andava assestandosi in questi termini, in letteratura risultava peraltro già chiaro come nel giudizio di eguaglianza rispetto alla misura delle pene la Corte andasse avvertendo «in modo particolarmente intenso l'esigenza di autolimitarsi». Il che attirava sull'organo anche la critica per cui le cause di questa sorta di inibizione, non rispondendo ad alcun principio, dovessero piuttosto ricercarsi «sul piano delle influenze psicologiche, che non delle argomentazioni logico-giuridiche»¹²⁰. Si tratta di rilievi condivisibili. E tuttavia, a distanza di poco

¹¹⁶ Così li ha giudicati ad esempio C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, cit., 1029, nota 1.

¹¹⁷ È il caso dell'ordinanza n. 15 del 1971, relativa alla ritenuta irragionevole differenziazione sanzionatoria fra le ipotesi di detenzione o spaccio di sostanze stupefacenti riferite a sostanze contenute nell'elenco ufficiale predisposto dal Ministero della salute e le ipotesi di sostanze non contenute nell'elenco ma non meno pericolose per la salute. Si possono poi vedere le ordinanze n. 66 (in tema di trattamento sanzionatorio differenziato fra chi guida senza patente essendo sottoposto a una misura di prevenzione perché indiziato di appartenere ad associazioni mafiose e chi invece non è) n. 76 (relativa alla differenziazione sanzionatoria fra la mancata denuncia di stranieri e apolidi e quella dei cittadini) e n. 155 dello stesso anno (in tema di trattamento penale più severo nei confronti dell'ubriaco già condannato per delitto doloso contro la vita o l'incolumità rispetto a chi non abbia tali precedenti penali).

¹¹⁸ Sentenza n. 22 del 1971 in tema di differenziazione sanzionatorie fra le ipotesi di furto di cui agli artt. 624 e 625 cod. pen., dove peraltro si legge che quand'anche simili scelte legislative «operate in altro clima storico e sociale, apparissero non più attuali rispetto alle conseguenze sanzionatorie delle violazioni di altri beni, la cui protezione assurge - a differenza di quella della proprietà - a diritto presidiato come primario e fondamentale della Costituzione, ciò postulerebbe e solleciterebbe l'intervento del legislatore». In passaggi di questo tipo sembra possibile leggere in controluce la chiara ammissione di una rinuncia a rendere giustizia costituzionale pur in ipotesi di evidente lesione dei valori sanciti dalla Costituzione.

¹¹⁹ Sentenze n. 164 e n. 168 del 1971. Si tratta di argomenti da cui tende comunque a emergere l'importanza del garantire al giudice comune una sufficiente latitudine valutativa per adattare la legge alle variegate forme del reale: un punto che si lega da un lato con le peculiari implicazioni teoriche della legalità penale, dall'altro con la logica del giudizio in via incidentale.

¹²⁰ Così, A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura della pena e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, IV, 1971, 206 s., il quale ipotizzava che l'atteggiamento della Corte potesse legarsi al timore delle conseguenze pratiche di eventuali accoglimenti sulla dinamica ordinamentale o alla tendenza alla conservazione propria del diritto penale sostanziale. Non rinvenendo ragioni giuridiche di una simile autolimitazione, l'autore sosteneva la Corte dovesse dar sviluppo ai modi del controllo di ragionevolezza sulle pene al pari di quanto già faceva in relazione alle altre aree del

tempo sarebbero arrivate anche pronunce in decisa controtendenza rispetto al forte rispetto per la discrezionalità legislativa assolutamente prevalente fino all'inizio degli anni Settanta.

Va infatti ricordato che, nonostante avesse ormai alle spalle numerosi precedenti definiti alla luce di quest'autolimitazione, dalla metà degli anni Settanta la Corte pronuncia alcuni significativi accoglimenti proprio in tema di eguaglianza di fronte alla pena. Dispositivi motivati in alcuni casi dalla mancanza di «ogni elemento logico che possa spiegare il fondamento razionale» delle norme¹²¹, in altri dallo «stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco»¹²². In simili pronunce, dove le valutazioni sulla coerenza del tessuto legislativo intrecciano i principi del diritto costituzionale delle pene, la Corte va al fondo del merito delle scelte legislative come mai era avvenuto in passato. E tanto basta a individuarle come sintomatiche di una decisa evoluzione del giudizio costituzionale sull'eguaglianza di fronte alla pena. Chiaramente, non si tratta di pronunciamenti per così dire ascrivibili ai grandi numeri, ma – al netto dell'esito del giudizio – le motivazioni che li sostengono sono ormai talmente avvinte alle strutture argomentative della ragionevolezza da andare necessariamente al cuore del merito delle scelte legislative: si ponevano così le basi per inedite possibilità di sviluppo che verranno messe più compiutamente a frutto negli anni successivi.

3.3.2. *Le pene fisse e «una riparatrice giustizia distributiva».*

Guardando alle sanzioni detentive, l'esercizio di discrezionalità si dispiega molto più vicino al limite posto dalla legalità costituzionale quando ad esempio il legislatore opta per pene fisse. Se ciò poteva non corrispondere alla lettura offerta dalla Corte costituzionale nei primi anni di giurisprudenza¹²³, il fatto che nel caso delle previsioni sanzionatorie fisse sia la legittimità dell'esercizio della

tessuto legislativo.

¹²¹ Così le sentenze n. 218 del 1974 e n. 176 del 1976 in tema di caccia.

¹²² Così, invece, la sentenza n. 26 del 1979 sul reato militare di insubordinazione con violenza. Il legislatore aveva equiparato le «condotte diversissime» di violenza commessa tramite omicidio volontario, preterintenzionale e tentato, oltre a lesioni gravissime o gravi nei confronti di un superiore che sia un ufficiale. Allo «stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco» la Corte fa seguire il rilievo per cui la norma prescinderebbe «sia dalla concreta intenzione lesiva dell'agente, sia dalla ben diversa gravità degli effetti delle varie condotte criminose», e infine chiosa richiamando l'incoerenza legislativa emergente dalla comparazione con la fattispecie posta in essere nei confronti dell'inferiore in grado gerarchico.

¹²³ Emblematica la sentenza n. 67 del 1963 in tema di frodi in materia di produzione e commercio di prodotti agrari. Di fronte all'argomento per cui il principio di eguaglianza sarebbe stato vulnerato dalla rigidità della sanzione, e dunque «pel fatto che nel caso in questione verrebbe meno la possibilità per il giudice di regolare la sanzione fra un minimo e un massimo», la Corte osservava che, «se pure è da ammettere che lo strumento meglio idoneo al conseguimento di tale finalità sia la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo, non può invece ritenersi che esso sia il solo, e che quindi la omissione della sua adozione in singoli casi incida sulla validità della legge che incorra in essa». A ciò la Corte aggiungeva il rilievo per cui tramite la possibilità di valutare l'applicazione di circostanze attenuanti generiche (art. 62-bis cod. pen.) o di ricorrere al potere di aumentare l'ammenda fino al triplo (art. 26, comma 2, cod. pen.) il giudice avrebbe comunque potuto garantire un adeguamento della pena alle condizioni personali del reo.

discrezionalità legislativa a dover essere provata è un apprendimento che matura con l'importante sentenza n. 50 del 1980.

Si tratta di una pronuncia nella quale la Corte sottolineerà con molta chiarezza il valore costituzionale dell'idea di eguaglianza di fronte alla pena, con considerazioni destinate a essere riprese dalle decisioni sulla dosimetria sanzionatoria fino agli anni più recenti. Nonostante la Corte giunga a una declaratoria di infondatezza, gli argomenti spesi e le affermazioni di principio delineano infatti un inedito tracciato giurisprudenziale.

I giudici di Palazzo della Consulta si riagganciano infatti a un'*ammissione* contenuta nella citata sentenza n. 67 del 1963 – dove era intesa come nulla di più che una sorta di criterio direttivo delle scelte di politica criminale – e cioè l'affermazione per cui «la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore fra un massimo ed un minimo», risulta «lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena, e più congruo rispetto al principio d'uguaglianza». Da questa premessa, la Corte osserva che l'«*individualizzazione*» delle pene che tenga conto della gravità dei fatti commessi e delle specifiche necessità sottese ai casi del reale «*si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale*»¹²⁴. E proprio la legalità delle pene sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost. – prosegue la motivazione – orienta un assetto costituzionale in cui «l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità»¹²⁵ e implica la necessità di un'adeguata latitudine valutativa in capo al giudice entro i limiti fissati dalla legge¹²⁶. Sono argomentazioni che se si volge lo sguardo alla giurisprudenza dei primi anni rappresentano un momento di discontinuità col passato, alle quali si aggancia poi l'affermazione per cui l'eguaglianza di fronte alla pena implica una «proporzione» rispetto alle responsabilità personali e alle correlative necessità di risposta sul piano punitivo. Ma in un discorso intorno alla discrezionalità legislativa, l'affermazione più rilevante è a nostro avviso un'altra:

In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale; ed il dubbio

¹²⁴ Si noti come nella conduzione del giudizio alla stregua del parametro individuato nel principio d'eguaglianza continui emergere, a conferma delle premesse su cui ci siamo già soffermati, l'incidenza di altri principi costituzionali.

¹²⁵ Qui la Corte cita un passaggio della sentenza n. 104 del 1968.

¹²⁶ Punto 3 del *Considerato in diritto*. Qui la Corte richiama la sentenza n. 118 del 1973, con la quale aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 132 cod. pen. («Potere discrezionale del giudice nella applicazione della pena: limiti») sempre rispetto all'art. 3 Cost. Nell'escludere l'illegittimità della parificazione che la norma avrebbe determinato tra l'imputato riconosciuto colpevole e meritevole del minimo della pena ma non anche di attenuanti e l'imputato colpevole dello stesso reato e meritevole, oltre che dell'applicazione del minimo della pena, anche di attenuanti, la Corte afferma che il principio di eguaglianza non è violato e che le ricadute concrete censurate dai giudici *a quibus* sono giustificate «dal coordinamento delle varie norme sulla applicazione della pena, che formano un tutto unico, nel quale il *potere discrezionale del giudice è delimitato dal legislatore*. Quest'ultimo ha ritenuto necessario precisare gli elementi fondamentali verso cui il giudice deve orientarsi nelle sue valutazioni, ed entro il cui ambito deve contenere l'uso dei poteri a lui conferiti» (punto 3 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro).

d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato.

Quest'impostazione richiama a suo modo addirittura l'immagine di uno *strict scrutiny*¹²⁷ – pur con tutti i *caveat* del caso – e il fatto che questo avvenga dopo decenni di interventi della Corte costituzionale assai meno invasivi nel sindacare la discrezionalità è un punto di grande interesse. D'altro canto, al netto delle affermazioni di principio, a quanto consta a chi scrive la Corte è giunta alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una pena fissa in un solo caso, che rientra peraltro nella giurisprudenza più recente e riguardava una sanzione accessoria¹²⁸. I giudici costituzionali hanno infatti sistematicamente rigettato questioni riguardanti pene fisse alla luce dell'esclusione di una loro irragionevolezza¹²⁹. Certo è che però simili affermazioni hanno il merito di aver spianato la strada alla successiva valorizzazione della dimensione proporzionalistica delle pene nel loro legarsi al fatto commesso¹³⁰, e al suo

¹²⁷ Lo *strict scrutiny* è, com'è noto, un concetto del diritto costituzionale statunitense che si traduce in una particolare declinazione del giudizio di legittimità delle leggi, e si configura nelle ipotesi in cui esse incidano su un diritto fondamentale sancito a livello costituzionale: in queste ipotesi, il Governo deve superare la presunzione d'invalidità della legge o del regolamento dimostrando che essa persegue un «compelling state interest» e comporta l'adozione dei mezzi meno invasivi per raggiungere questo scopo. Lo *strict scrutiny standard* risale agli anni del *New Deal*, e in particolare alla pronuncia della Supreme Court *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) redatta da Harlan Fiske Stone, nella cui Footnote Four si legge: «There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth... It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation... Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious... or national... or racial minorities... whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry». Questa sorta di presunzione d'illegittimità della pena fissa sottolineata dalla Corte costituzionale ricorda, anche se solo per grandi linee, la struttura dello *strict scrutiny*.

¹²⁸ Ci riferiamo alla n. 222 del 2018 in tema di bancarotta, su cui torneremo ampiamente.

¹²⁹ F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 205 ss.

¹³⁰ Il passaggio verrà non a caso letto nella penalistica proprio come l'affermazione del «principio di proporzionalità tra gravità anche soggettiva del fatto commesso, ed entità della risposta sanzionatoria» (F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 58). Osserverà ad esempio la Corte nella sentenza n. 103 del 1982 in tema di insubordinazione che «il principio di eguaglianza, quale specifica applicazione della regola generale sancita nell'art. 3 della Costituzione, esige che la pena sia proporzionata al fatto commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali. Le valutazioni all'uopo necessarie rientrano senza dubbio nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato sotto il profilo della legittimità costituzionale soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza» (punto 6 del *Considerato in diritto*). Nello stesso senso, fra le altre, la successiva

intrecciarsi all'ideale rieducativo a partire dagli anni Novanta¹³¹: ma a quel punto, il terreno per l'elaborazione di un giudizio sulla proporzione sanzionatoria decisamente più incisivo era già stato preparato.

3.3.3. Eguaglianza e presunzioni di pericolosità sociale.

Si andava dunque affermando, fra gli anni Sessanta e Settanta, una giurisprudenza che sindacava ormai l'esercizio della funzione legislativa alla luce del principio di eguaglianza in maniera più penetrante: da un lato abbracciando *un'interpretazione più pregnante e al contempo più progressista della Costituzione* – si rammenti quanto dicevamo sull'incidenza degli altri principi nel giudizio di eguaglianza – dall'altro realizzando *un passaggio dalle strutture del giudizio di stampo formalistico dei primi anni a un'impostazione che guardava ormai dichiaratamente al merito delle scelte legislative attraverso i modi argomentativi della ragionevolezza*. Certo è che però ciò non ha anche significato che, in termini di ampiezza, la discrezionalità legislativa ne risentisse in misura eccessiva. È infatti evidente che al mutare dell'interpretazione costituzionale mutano le norme-parametro, i modi argomentativi funzionali a farle valere e di conseguenza i limiti di esercizio della funzione legislativa; e tuttavia, l'emersione progressiva della legalità costituzionale nei confronti di quella ordinaria non ha anche portato con sé, almeno non in quegli anni, *rottture* particolarmente eclatanti nelle strutture normative penali nel loro complesso. Al netto, naturalmente, di alcuni apici di cui abbiamo già detto – spesso riguardanti la normatività dispiegata dai diritti fondamentali, sempre più al centro della dinamica ordinamentale – che però più che alla discrezionalità legislativa in materia penale afferiscono a una complessiva ridefinizione dei rapporti fra legge e Costituzione.

In effetti, è sempre alla luce di questa parabola che può essere letta la giurisprudenza in materia di presunzioni di pericolosità sociale, significativa nella misura in cui pur mostrando i sintomi di una tendenza al mutamento, presenta al contempo elementi indicativi di un approccio oscillante.

Ad esempio, con la sentenza n. 110 del 1968 la Corte costituzionale ha pronunciato l'illegittimità costituzionale della fattispecie contravvenzionale del possesso ingiustificato di valori (art. 708 cod. pen.) in relazione alla prospettata violazione dell'art. 3 Cost., peraltro facendo ancora ricorso a una pronuncia interpretativa. Interpretando la disposizione esclude infatti che alcune sue possibili letture risultino in contrasto con la Costituzione, accogliendo la questione nella sola parte in cui si fa richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza personale e a cauzione di buona condotta perché in

sentenza n. 409 del 1989 in tema di obiezione di coscienza.

¹³¹ Nella successiva sentenza n. 313 del 1990, che sarà fondamentale per l'affermazione dell'ideale rieducativo come limite alla discrezionalità legislativa, si legge che il finalismo rieducativo è «un principio che, seppure variamente profilato, è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il “principio di proporzione” fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altra» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

antitesi con il «fondamento logico» della norma¹³².

Ma la prima incostituzionalità sulla presunzione di pericolosità sociale arriverà tre anni dopo con la sentenza n. 1 del 1971, in cui sempre alla luce del giudizio *ex art. 3 Cost.* venne dichiarata l'illegittimità dell'art. 224, secondo comma, cod. pen. («Minore non imputabile») nella parte in cui, in caso di delitto non colposo punito con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, rendeva obbligatorio ed automatico, per i minori degli anni quattordici, il ricovero per almeno tre anni in riformatorio giudiziario. Interessante come la norma si ritiene violi l'art. 3 Cost. sia per il fatto di trattare situazioni diverse in modo identico, sia perché il paradigma dell'*id quod plerumque accidit* – intorno al quale pure altre fattispecie codicistiche erano costruite – viene ritenuto privo di fondamento «allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici: ché, al contrario, può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna»¹³³. In passaggi di questo tipo, che entrano decisamente nel merito della scelta legislativa, gli anni in cui il giudizio costituzionale *ex art. 3 Cost.* era improntato a un marcato formalismo appaiono ormai lontanissimi.

D'altro canto, non sono neppure mancate ipotesi di rigetto che rimarcavano l'esclusione di un'aprioristica incostituzionalità di queste presunzioni assolute¹³⁴, spesso imperniate attorno al *topos* dell'esclusione dalle «condizioni personali e sociali» di cui parla l'art. 3 Cost. di «quelle che derivano da un'attività illegale, o addirittura criminosa, posta in essere dal soggetto»¹³⁵.

Per superare definitivamente le presunzioni assolute di pericolosità sociale sarà quindi necessario un intervento del Parlamento, che esercitando la propria discrezionalità (legge n. 663 del 1986, cosiddetta 'legge Gozzini') espungerà dal tessuto legislativo un sintomo di grave sfiducia nell'operato dei giudici e, soprattutto, espressione di strutture normative che ancora risentivano di pulsioni di politica criminale la cui aderenza all'assiologia garantista della Costituzione del 1947 era ben più che dubbia¹³⁶.

¹³² Punto 5 del *Considerato in diritto*. La Corte però non ritiene di per sé incostituzionale il riferimento allo «stato» del possessore, ove inteso come riferimento a «chi sia stato condannato o sottoposto a misure penali o di polizia»: ascrivendo questo significato alla disposizione, viene dunque tratta una definizione normativa di «stato» che «non può, come tale, essere ricondotta ad una significazione che sia in contrasto con l'art. 3 della Costituzione» (punto 3 del *Considerato in diritto*). In un passaggio del genere può cogliersi tutta l'importanza, nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, delle sentenze cosiddette interpretative e dei loro presupposti teorici, che riposano sulla distinzione fra *disposizione* e *norma*.

¹³³ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

¹³⁴ Pensiamo ad esempio alla sentenza n. 119 del 1976, che riguardava la questione di legittimità costituzionale della presunzione di pericolosità dei minorenni di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni, ipotesi assai prossima a quella invece accolta pochi anni prima relativa al minore non imputabile.

¹³⁵ Sentenza n. 100 del 1971, sulla cui scia si può anche vedere l'ordinanza n. 155 dello stesso anno e, per analoghe affermazioni di principio intorno all'ammissibilità delle differenziazioni fra persone che abbiano riportato condanne e persone che non le abbiano riportate, la sentenza n. 225 del 1975.

¹³⁶ Sul punto ci piace ricordare come la già citata sentenza n. 110 del 1968 relativa alla legittimità dell'art. 708 cod. («Possesso ingiustificato di valori») nel suo rigettare una differente questione posta

3.4. Il finalismo rieducativo delle pene prima della riforma del 1975 e la questione dell'ergastolo.

È interessante osservare come, nel giudizio di eguaglianza, al parametro dell'art. 3 Cost. cominci ad affiancarsi il finalismo rieducativo delle pene, sebbene va detto che siamo ancora ben lontani da una netta espansione della sua normatività. Fino alla riforma dell'ordinamento penitenziario con la legge n. 354 del 1975, nella giurisprudenza costituzionale si era infatti affermata senza soluzione di continuità l'idea della polifunzionalità delle pene nella sua declinazione «minima»¹³⁷.

E tuttavia, pur assecondando quest'impostazione, chiedersi se alla luce dei principi costituzionali la pena dell'ergastolo potesse considerarsi legittima era una domanda ben più che giustificata. Scartate infatti le ipotesi di pena di morte¹³⁸ e di pene contrarie al senso di umanità¹³⁹ la cui configurazione è preclusa in radice dai limiti negativi posti dalla Costituzione, l'ergastolo rimaneva e rimane la pena più problematica, non foss'altro che per il suo apparentemente frontale contrasto col finalismo rieducativo.

Da sempre al centro di un acceso dibattito¹⁴⁰, e perfino oggetto di un *referendum*

alla luce dell'art. 27 Cost. avesse al tempo attirato la pungente critica di Alessandro Pizzorusso. L'autorevole giurista si doleva infatti di come questo rigetto destasse «perplexità» non tanto per le possibili «giustificazioni logico-sistematiche» della norma, quanto alla luce delle «esigenze pratiche tutt'altro che commendevoli che ne avevano determinato l'introduzione nel nostro diritto penale e che consistono nel fornire alla polizia un comodo strumento per inviare in carcere quei "pregiudicati", che diano fastidio ed ai quali non sia possibile addebitare qualche altro più circostanziato fatto criminoso» (A. PIZZORUSSO, Osservazione alla sentenza 19 luglio 1968, n. 110, in *Foro it.*, 10, 1968, 2357).

¹³⁷ C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 150.

¹³⁸ Pena che peraltro a partire dal 2007 è espressamente vietata dalla Costituzione in ogni sua possibile forma, anche «nei casi previsti dalle leggi militari di guerra», che era l'ipotesi lasciata in piedi dalla Costituzione con la precisazione di cui all'art. 27, quarto comma, poi soppressa dall'art. 1 legge cost. n. 1 del 2007 («Modifica all'articolo 27 della Costituzione, concernente l'abolizione della pena di morte»).

¹³⁹ Osserva V. MANES, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023, 213 ss. come in quest'ultimo divieto rientrano pure le pene corporali, sottolineando il «radicale contrasto con i principi costituzionali» di proposte legislative come quella che mira a introdurre la cosiddetta «castrazione chimica» quale pena per gli autori di alcuni reati sessuali, più volte avanzata nel dibattito pubblico come nelle aule parlamentari.

¹⁴⁰ Il dibattito sulla legittimità costituzionale dell'ergastolo è risalente. Negli anni di poco successivi all'entrata in vigore della Costituzione del 1947, si è ad esempio autorevolmente rilevato che «mentre non contrasta con la norma costituzionale una pena in concreto perpetua, contrasta, invece, indiscutibilmente con essa una pena edittalmente perpetua» e che la detenzione «può durare tutta la vita, se la rieducazione non è stata raggiunta, ma deve poter essere sempre temporanea, per cessare quando la rieducazione del condannato è stata attuata» (P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, 1257). Sul punto vale poi la pena di rammentare quanto osservato da Franco BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, ora in Id., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, 2000, 364 ss., il quale riteneva «singolare che il problema di costituzionalità di detta sanzione si sia posto solamente quanto al rapporto fra la perpetuità della sua durata e l'impossibilità di un teleologismo rieducativo della stessa in sede esecutiva; senza fare riferimento alla sua fissità astratta. Probabilmente ciò è dovuto alla scarsa consapevolezza critica del rilievo

abrogativo promosso negli Ottanta¹⁴¹, l'ergastolo rappresenta forse l'esempio più paradigmatico di quanto ampia sia la discrezionalità legislativa in materia penale, conservando la propria vigenza perfino alla luce di una Costituzione che parlando delle pene fa dell'ideale rieducativo il proprio faro. E del resto, il fatto che fino al 1975 la normatività dell'ideale rieducativo sia stata assai contenuta non significa che una frizione almeno potenziale non emergesse. Prova ne sia il fatto che ancora di recente non sono mancati argomenti funzionali a sostenere l'illegittimità dell'ergastolo muovendo dal limite negativo del divieto di pena di morte¹⁴². Ma andiamo con ordine.

A distanza di qualche mese dall'importante sentenza n. 204 del 1974 che dichiarava l'illegittimità dell'attribuzione al Ministro di grazia e giustizia della facoltà di concedere la liberazione condizionale¹⁴³ – istituto che risulterà poi fondamentale per garantire la legittimità costituzionale della pena¹⁴⁴ – la Corte era stata chiamata a decidere di una questione che involgeva più direttamente l'ergastolo proprio per via dell'asserito annullamento di qualunque prospettiva di emenda, implicata invece dal finalismo rieducativo. Nell'occasione, i giudici di Palazzo della Consulta hanno osservato che «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena», e che l'art. 27, terzo comma, Cost. «non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a

costituzionale che può assumere il tema delle pene fisse». Il Maestro bolognese, tuttavia, giungeva a escludere che l'ergastolo potesse dirsi incostituzionale sotto tale profilo per via dell'impossibilità di escludere aprioristicamente che in determinati casi, di particolare gravità, esso possa essere giustificato. Tuttavia, proseguiva l'illustre autore, forme di attenuazione e di avvicinamento «tra schema astratto e disvalore concreto del fatto o rimproverabilità dell'agente» potevano essere individuate nella possibile applicazione delle circostanze attenuanti generiche e concludendo che la funzione rieducativa avrebbe potuto essere perseguita, quanto all'ergastolo, non sul piano giudiziale ma su quello esecutivo, ipotizzando come l'*elasticità* della possibilità di riacquisire la libertà, «sia pure condizionata», potesse compensare sul piano esecutivo la *rigidità* della pena su quello astratto e giudiziale. «La cosa straordinaria», è stato osservato, «è che questi argomenti hanno fatto in parte breccia nella giurisprudenza della Corte costituzionale senza tuttavia indurla alla pronuncia d'incostituzionalità... Abbiamo così il paradosso che la pena perpetua è stata dichiarata legittima tanto quanto è in realtà non-perpetua» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Roma-Bari, 2002, 792, nota 24).

¹⁴¹ Il *referendum*, promosso dal Partito radicale, si svolse il 17 maggio 1981. Nonostante la partecipazione al voto della maggioranza degli aventi diritto, si registrò il 77,37% di voti contrari all'abrogazione.

¹⁴² Pensiamo ad esempio alle appassionante riflessioni di D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen.*, 1, 2015, 4.

¹⁴³ Sentenza che riconosceva dunque al condannato all'ergastolo il diritto di accedervi ricorrendone i presupposti; diritto che avrebbe dovuto «trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale», che la legge n. 6 del 1975 avrebbe poi attribuito alla corte d'appello.

¹⁴⁴ Recita l'art. 176, terzo comma, cod. pen.: «Il condannato all'ergastolo può essere ammesso alla liberazione condizionale quando abbia scontato almeno ventisei anni di pena». Individuata dal codice penale quale causa di estinzione della pena (artt. 176 e 177), l'istituto subisce una sorta di eterogenesi dei fini, in quanto «nasce come strumento utile per la gestione degli istituti penitenziari e gradualmente si trasforma in strumento del trattamento rieducativo, diretto alla risocializzazione del condannato» (M.G. CHIAPPETTA, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, cit., 223 ss.).

comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole»¹⁴⁵. Osservazione cui si è accompagnato l'argomento per cui alla luce della possibilità di richiedere dopo – al tempo – ventotto anni la liberazione condizionale sarebbe stato comunque possibile essere riammessi al «consorzio civile»¹⁴⁶.

Certo sono ancora relativamente lontani gli anni in cui l'ideale della rieducazione travalicherà i confini dell'esecuzione penitenziaria, irradiando la sua normatività in ogni momento del fenomeno punitivo.

Negli anni sarebbe poi seguita tutta una serie di pronunce che hanno in vario modo inciso sulla pena perpetua, riaffermandone sempre la legittimità in astratto alla condizione che al ricorrere di determinati presupposti questa perpetuità potesse venir meno. Tant'è che, come detto, proprio un istituto come la liberazione condizionale è ormai da decenni l'elemento del tessuto legislativo ordinario che assicura questa legittimità.

Siamo in ogni caso ormai prossimi all'entrata in vigore della riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975, momento a partire dal quale l'ideale rieducativo assumerà una progressiva gravidanza normativa che troverà però il proprio apice soltanto a inizio anni Novanta¹⁴⁷. Altro contesto, altra giurisprudenza.

3.5. Legge e Costituzione attraverso la lente dei conflitti assiologici: il caso dell'aborto.

Finora abbiamo passato in rassegna ipotesi in cui i diritti fondamentali avevano rappresentato dei limiti negativi alla funzione legislativa, la quale violandoli configurava a sua volta una violazione diretta della Costituzione. In altri casi questi diritti hanno proiettato una normatività attraverso la lente della norma-parametro di cui all'art. 3 Cost., legando il vizio di validità delle leggi con essa contrastanti alla categoria del vizio funzionale. Ma un sintomo ulteriore di un certo cambiamento nella giurisprudenza che accompagna la fase del disgelo costituzionale può essere individuato anche nelle ipotesi in cui il vizio funzionale è emerso in giudizi non filtrati attraverso i modi argomentativi dell'eguaglianza. Un caso che dice molto delle tendenze giurisprudenziali della Corte di quegli anni e del più generale contesto politico-costituzionale dell'epoca è ad esempio quello che ha riguardato la

¹⁴⁵ Sentenza n. 264 del 1974. In letteratura si è detto che questa pronuncia, «in accoglimento della concezione polifunzionale della pena», consacrava «definitivamente la “legittimità costituzionale” dell'ergastolo» (F. BAIO, *La scrittura delle sanzioni*, cit., 179).

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Si è osservato che fino al 1975 la Corte avrebbe tenuto un «atteggiamento conservatore» rispetto alla finalità rieducativa, «un vero e proprio *agnosticismo*» imputato alla «natura compromissoria» della disposizione, dovuta alla contrapposizione in Costituente fra i sostenitori di un'idea di pena d'ispirazione positivista e quelli che sostenevano un'idea retributivista. Già poco tempo prima dell'entrata in vigore della riforma, comunque, la finalità rieducativa inizia a occupare un posto di primo piano durante l'esecuzione, al punto da rendere possibile in termini di legittimazione «un significativo *scollamento* tra pena *applicata* e pena *eseguita*» (P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, 81 ss.).

questione dell'aborto.

Com'è noto, durante gli anni Settanta era giunta di fronte alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 546 cod. pen. – significativamente qualificato come delitto «contro l'integrità della stirpe»¹⁴⁸ – che puniva l'aborto con la pena della reclusione da due a cinque anni.

Il caso riguardava una donna che aveva scelto di abortire a causa di una patologia pregressa che la gravidanza avrebbe potuto aggravare. Il giudice *a quo* dubitava in particolare della legittimità della norma nella parte in cui puniva l'aborto anche in caso di pericolosità della gravidanza per il benessere fisico o per l'equilibrio psichico della gestante, invocando come parametri l'art. 31, secondo comma, Cost. relativo alla protezione della maternità e l'art. 32, primo comma, relativo al diritto alla salute. La Corte si trovava così di fronte all'insanabile conflitto tra il valore costituzionale della vita e della salute della donna e quello della tutela del concepito; riprendendo una nota immagine, un'autentica 'scelta tragica'¹⁴⁹.

Pur muovendo dal riconoscimento del fondamento costituzionale della tutela del concepito¹⁵⁰, la Corte osservò che questo interesse «può venire in collisione con altri beni che godano pur essi di tutela costituzionale e che, di conseguenza, la legge non può dare al primo una prevalenza totale ed assoluta, negando ai secondi adeguata protezione» e che «è proprio in questo il vizio di legittimità costituzionale». L'argomentazione dell'accoglimento è molto significativa.

L'applicabilità della norma generale espressa dall'art. 54 cod. pen. («Stato di necessità») venne infatti esclusa perché *a*) il danno o pericolo causato dal protrarsi della gravidanza non sempre è immediato e *b*) la norma stessa si basa su «una equivalenza del bene offeso dal fatto dell'autore rispetto all'altro bene che col fatto stesso si vuole salvare» che però la Corte esclude. Infatti, «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare». Da qui, una «inevitabile» declaratoria d'illegittimità.

L'inciso argomentativo finale è molto interessante. Il destino della fattispecie incriminatrice era ormai irrimediabilmente segnato nel senso dell'incostituzionalità parziale poi dichiarata nel dispositivo, ma la Corte si curò di precisare che è «obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione». Di conseguenza, l'ancoraggio della liceità dell'aborto doveva tradursi in «una previa valutazione della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla»¹⁵¹. La necessità costituzionale di un opportuno esercizio della discrezionalità legislativa in funzione dello sviluppo dei principi costituzionali trova così nella vicenda uno dei suoi tanti punti di emersione.

Chiudendo il cerchio, è interessante osservare come la gerarchia fra valori descritta dalla pronuncia sull'aborto illumini non soltanto l'antitesi fra legislazione penale fascista e Costituzione repubblicana – che di per sé non sarebbe acquisizione nuova

¹⁴⁸ Libro II, titolo X, cod. pen.

¹⁴⁹ G. CALABRESI e P. BOBBIT, *Tragic Choices*, New York, 1978.

¹⁵⁰ Agganciato in termini di diritto positivo agli artt. 2 e 31, secondo comma, Cost.

¹⁵¹ Sentenza n. 27 del 1975.

– ma anche la latente conflittualità assiologica che attraversa la stessa Carta fondamentale. Molto potrebbe dirsi su questo, ma ai nostri fini interessa per lo più evidenziare come – al netto del fatto che oggetto della questione era qui una delle norme più illiberali del codice Rocco – nella giurisprudenza costituzionale i casi di palese antinomia fra legge e Costituzione nei quali il conflitto assiologico è tra valori espressione degli anni del fascismo e valori della Carta del 1947 iniziano a diminuire drasticamente. Ora inizia a esser chiaro che la dimensione pluralista di una costituzione democratica porta per definizione con sé il riconoscimento del conflitto e la predisposizione di strutture nelle quali esso trova il suo naturale svolgersi. E la progressiva emersione della necessità di regolare gli innumerevoli conflitti che trascorrono la vita di una costituzione pluralista, porta con sé una nuova autocomprensione del giudice costituzionale, riflettendosi sul suo agire nella dinamica ordinamentale. Si tratta di cambiamenti che hanno senz'altro un'influenza sui modi del rendere giustizia da parte della Corte, e di conseguenza sul rapporto fra legge e Costituzione. Non è del resto senza significato che l'assetto delineato dalla pronuncia della Corte venne poi fatto proprio dalla storica legge n. 194 del 1978¹⁵².

A distanza di pochi anni, dopo la legge n. 194 e i falliti tentativi di abrogazione per via referendaria del 17 maggio 1981, si registra un'altra pronuncia in tema, la n. 108 dello stesso anno.

Di fronte alla prospettazione di un'estensione ai casi d'interruzione volontaria di gravidanza praticata nei primi novanta giorni del più rigido regime normativo di quella praticata dopo detto termine, che avrebbe portato con sé la creazione di una nuova norma incriminatrice rispetto ai casi in cui l'aborto è invece lecito, la Corte dichiara la questione inammissibile. Essa infatti «non può pronunciare alcuna decisione... di una nuova fattispecie penale», creazione «esclusivamente riservata al legislatore»¹⁵³. Si tratta di un caso di scuola della tipologia d'inammissibilità già illustrata nel trattare della riserva di legge penale, legata a una peculiare interpretazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. Ma al di là dell'inammissibilità, ai nostri fini interessa soprattutto sottolineare come la Corte escluda la tesi – prospettata da uno dei giudici rimettenti – della configurabilità di un obbligo costituzionale di tutela penale, nonostante la pregnanza del valore in gioco.

Una pronuncia che ci accompagna nel pieno degli anni Ottanta, quelli della giurisprudenza più garantista dei giudici di Palazzo della Consulta, nella quale importanti cambiamenti nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali porteranno la Corte a incidere molto di più sulla morfologia normativa del diritto costituzionale delle pene, caratterizzandolo in profondità. Ma a questo punto, il proseguimento della nostra analisi diacronica deve essere necessariamente rinviato. Non possiamo infatti procedere nella rassegna delle importanti sentenze pronunciate a cavallo tra gli anni Ottanta e Novanta senza aver dato conto di due elementi senza i quali qualunque ricostruzione di un paradigma di discrezionalità legislativa e del passaggio fra vecchio e nuovo corso risulterebbe parziale, se non addirittura incomprensibile: l'elaborazione giurisprudenziale delle 'rime obbligate'

¹⁵² M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, nuova ed. aggiornata, Milano, 2016, 40.

¹⁵³ Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

e la fondamentale apertura nel giudizio sulle norme penali avvenuta a partire dalla decisione n. 148 del 1983, la ‘sentenza Paladin’.

4. Primo caveat. Rime obbligate e materia penale.

È un dato ormai pacificamente acquisito negli studi costituzionalistici il fatto che «è difficile in una sentenza di corte costituzionale isolare il momento del controllo sulle norme rispetto a quello del concorso all’opera di costruzione dell’ordinamento fatta dal legislatore costituzionale o dal legislatore ordinario»¹⁵⁴.

In effetti, l’originaria teorizzazione del giudice costituzionale in Hans Kelsen vedeva nelle corti dei ‘legislatori negativi’¹⁵⁵, ma l’esperienza ha ben presto mostrato come in realtà le possibilità di sviluppo del loro giudizio possa prendere direzioni assolutamente inimmaginabili rispetto a quel modello. In quest’ottica, proprio il ricorso alle sentenze manipolative da parte della Corte costituzionale ha acceso «accanite discussioni circa la loro ammissibilità», in quanto «la funzione positiva o integrativa dell’ordinamento che esse svolgono si porrebbe in pieno contrasto con il compito negativo-eliminativo che spetta alla Corte costituzionale»¹⁵⁶, ovverosia proprio con l’idea kelseniana di ‘legislatore negativo’ che sarebbe sua propria anche a stare al quadro tracciato dall’art. 136 Cost. Dibattito accompagnatosi peraltro a quello, non meno importante sul piano teoretico, circa la natura giuridica delle sentenze di accoglimento – in particolare, va da sé, di quelle ‘manipolative’ – e dunque, in definitiva, circa la loro riconducibilità o meno tra le fonti del diritto¹⁵⁷. È anzi proprio di fronte agli strali di chi, in letteratura, dubitava fortemente dell’ammissibilità di simili tecniche decisorie che Vezio Crisafulli riprese una vecchia immagine teorica, risalente agli studi sui principi generali del diritto: le cosiddette ‘rime obbligate’.

Si tratta di un’intuizione che trova la sua genesi in un tempo assai lontano dagli anni in cui la Corte avrebbe iniziato a ricorrere a pronunce ‘manipolative’; bisogna risalire addirittura all’epoca prerepubblicana, e in particolare, come detto, al dibattito che vedeva la scienza giuridica italiana a cavallo fra gli anni Trenta e Quaranta dividersi intorno alla portata precettiva dei principi.

Nel condurre una confutazione nei confronti della tesi che al tempo negava natura normativa ai «principii generali di diritto» ex art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile del 1865, l’insigne giurista osservava infatti che l’unica via per ammantare di «una certa coerenza» una simile ricostruzione sarebbe stato

¹⁵⁴ L. ELIA, *Il potere creativo delle corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Atti del Convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova, 1988, 220 ss.

¹⁵⁵ «Ora, annullare una legge significa porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa» (H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, XXXV, 1928, 197 ss., tr. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, 173).

¹⁵⁶ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 233.

¹⁵⁷ *Ibidem*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

l'«ammettere esplicitamente che, nel caso dei principî generali (e quindi anche... dell'analogia, la quale non è, in sostanza, che un aspetto dei principî generali), sia in realtà l'interprete a porre la norma regolatrice del caso concreto, trasformandosi allora il giudice in legislatore (sia pure, la sua, una creazione limitata al singolo caso deciso e, come talvolta si dice, a rime obbligate)»¹⁵⁸. Con ciò, precisava subito dopo Crisafulli, «non si vuole certo escludere che, *da un punto di vista speculativo*, una tale concezione possa ritenersi ben fondata, non soltanto però, nell'ipotesi di ricorso ai principî generali, ma sempre, più largamente, nella c.d. applicazione della legge. Ma è, comunque, fuori dubbio che, dal punto di vista tecnico-giuridico e alla stregua del nostro diritto positivo – informato al principio della divisione dei poteri e, quindi, della distinzione tra posizione ed applicazione del diritto e della subordinazione del giudice alla legge – una tale conclusione sarebbe inammissibile, oltre che contrastante con tutte le premesse della dogmatica moderna»¹⁵⁹. A distanza di molti anni e in tutt'altro contesto, ma sempre in tema di creatività giurisprudenziale, Crisafulli avrebbe fatto ricorso alla celebre metafora ancora una volta.

... altre volte la sentenza opera qualcosa di simile ad un procedimento di integrazione per ricorso ai principî: la norma destinata a colmare la lacuna venendo fatta derivare da un principio generale, o addirittura dalla stessa norma costituzionale violata dalla omissione legislativa. Se di creazione di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione *a rime obbligate*. La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore¹⁶⁰.

¹⁵⁸ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 177. Una metafora di cui Crisafulli era per la verità debitore a Francesco Ferrara, il quale già vent'anni prima aveva osservato come in realtà il problema dei principî generali finisse per coincidere con quello dell'analogia, concludendo anzi che proprio il ricorso ai principî generali altro non era se non una specifica declinazione dell'*analogia iuris*: «L'analogia non è *creazione* di diritto nuovo, ma *scoperta* di diritto esistente. Il giudice applicando delle norme per analogia, non foggia con *libera* attività norme giuridiche, ma sviluppa norme *latenti* che si trovano già nel sistema. Poiché diritto è non solo il contenuto immediato delle disposizioni espresse, ma il contenuto virtuale di norme non espresse, ma insite tuttavia nel sistema. Il giudice le *trova*. Le norme trovate per analogia non sono dei *corpi estranei* intrusi nell'organismo giuridico, ma sono *germogli* e *sviluppi* del diritto che c'è. Poiché è da notare che le norme dedotte per analogia non sono create dall'interprete secondo un libero apprezzamento degli interessi, non si tratta d'un regolamento nuovo escogitato dal giudice quasi legislatore, ma della riproduzione d'un regolamento già posto nel diritto positivo per casi somiglianti ed armonizzanti con lo spirito del sistema, non è creazione volutaristica del diritto, ma elaborazione *vincolata* alla legge. L'opera del giurista è come quella d'un poeta che componga a *rime obbligate*» (F. FERRARA *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 232). Siamo debitori della citazione di Ferrara a C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività. I. Percorsi scientifici*, Milano, 1989, 216.

¹⁵⁹ V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto*, cit., loc. cit. La conclusione era dunque che l'art. 3 disp. prel. non poteva non assumere grande rilievo: «Perché, delle due l'una: o si ammette che esso autorizza l'interprete a creare diritto nuovo nell'ipotesi di lacune legislative, o si deve, proprio in base a tale disposizione, riconoscere senz'alto i principî generali come norme giuridiche preesistenti nel sistema».

¹⁶⁰ V. CRISAFULLI, *La Corte ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, I, 1976, 1706 ss.

Con queste parole pronunciate a un noto convegno parmense organizzato in occasione del ventennale di attività della Corte costituzionale, l'illustre costituzionalista replicava alle critiche mosse nei confronti dell'impiego di sentenze manipolative, la cui ammissibilità era al tempo ancora in discussione¹⁶¹, giungendo infine nell'ultima edizione delle sue celebri *Lezioni* a escludere che le sentenze ricostruttive potessero essere considerate fonti del diritto, vedendovi invece

dal punto di vista teoretico, sostanza di atti (anche) normativi, dando vita a norme od a frammenti di norme, la cui presenza non era, per l'innanzi, "avvertita" nell'ordinamento. Peraltro, *se funzione legislativa equivale* (o dovrebbe equivalere) *a funzione normativa, non è vera la reciproca*: la figura dell'atto normativo è molto più ampia che non quella dell'atto legislativo come atto-fonte, *perché* – come più volte chiarito – *è poi ciascun singolo ordinamento positivo che determina quali, tra i fatti e gli atti normativi che si producono nel suo interno, siano da annoverare... tra le proprie fonti*¹⁶².

L'autore concludeva dunque che, nel caso di sentenze manipolative, si tratta di «legislazione, se proprio così vuol dirsi (ma descrittivamente) "a rime obbligate", dunque, come altre volte abbiamo avuto occasione di rilevare, che, per ciò solo, vera legislazione non è»¹⁶³.

Con questa brillante e icastica intuizione Crisafulli individuava dunque *una giustificazione* funzionale al ricorso alle sentenze manipolative ma al contempo escludeva che simili pronunce potessero assurgere a fonti del diritto¹⁶⁴, insegnando magistralmente come la scienza giuridica possa arrivare a colmare «lo iato tra la concretezza dei problemi giudiziari e le altezze dogmatiche»¹⁶⁵.

Al netto della dubbia sostenibilità teorica della giustificazione delle sentenze ricostruttive attraverso la metafora delle 'rime obbligate'¹⁶⁶ – della quale pare fosse

¹⁶¹ Tanto che proprio alla luce del superamento di quel dibattito, non è mancato chi, criticando vivacemente l'aggettivazione «manipolative», ha asserito che sarebbe più corretto parlare di «sentenze ricostruttive». In questi termini, G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II*, cit., 229 ss.

¹⁶² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 5^a ed. riveduta e aggiornata, 406 ss., i corsivi sono nostri. Qui l'Autore, nell'argomentare sulla natura delle sentenze della Corte costituzionale come «atti di legislazione negativa», marca una distanza con Kelsen, il quale si riferiva alle sole decisioni di accoglimento.

¹⁶³ Ivi, 408.

¹⁶⁴ Sottolineava già Leopoldo ELIA, *Il potere creativo delle corti costituzionali*, cit., 221, come Crisafulli e Cappelletti, proprio nei due studi del 1984, pur partendo «da punti di vista diversissimi», condividessero comuni «preoccupazioni» e fossero giunti «a conclusioni in larga misura coincidenti». E del resto, come fa notare Cesare PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, cit., 217, le speculazioni crisafulliane che si accompagnano a questo utilizzo dell'immagine delle 'rime obbligate', cadute in due momenti radicalmente diversi e separate da oltre trent'anni di storia, rendono possibile scorgere il «robusto filo» teorico che lega le riflessioni intorno ai principi generali e le ricerche sulla giustizia costituzionale. Si vedano dunque V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.* e M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

¹⁶⁵ D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.*, 2, 2021, 10.

¹⁶⁶ Osservano ZAGREBELSKY e MARCENÒ: «Già a stare alla metafora, le rime obbligate lasciano liberi di scegliere le parole in rima. Essa dice semplicemente che la norma "creata" dalla Corte deve essere in linea con l'ordinamento; ma il modo d'essere in linea è vario e, tra questa varietà, c'è

del resto consapevole lo stesso Crisafulli¹⁶⁷ – bisogna tener presente che in quel periodo l’acre scontro con la magistratura era ormai alle spalle, e le maggiori perplessità sull’operato della Corte giungevano invece dal potere politico¹⁶⁸. Ma le sentenze ricostruttive, nate «dal ceppo delle sentenze interpretative di rigetto»¹⁶⁹ proprio alla luce dei precedenti conflitti interpretativi con la magistratura, si sarebbero ben presto ritagliate una loro legittimazione nella funzionalità rispetto al tipo di giudizio di fronte alla Corte¹⁷⁰. E in tal senso, si è autorevolmente osservato che la metafora delle ‘rime obbligate’ avrebbe «un significato che non è descrittivo (la Corte quando “manipola” le leggi non obbedisce a “obblighi”), ma prescrittivo: svolgere, non stravolgere. Lo “svolgimento” non è obbligato nel contenuto ma, data la funzione in cui il controllo di costituzionalità è inserito, è necessario: la funzione

possibilità di scelta» (*op. ult. cit.*, 236). Ricorda poi S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, edizione digitale, Bologna, 2009, 202 ss. che, al di là del trittico delle sentenze n. 168 del 1963 (sui poteri del Consiglio superiore della magistratura, individuata peraltro da Leopoldo Elia come la prima additiva della nostra giurisprudenza costituzionale), n. 15 del 1969 (sull’autorizzazione a procedere per vilipendio della Corte) e n. 190 del 1970 (sulla partecipazione del difensore all’interrogatorio dell’imputato), trittico caratterizzato «per la peculiarità dell’operazione additiva posta in essere dal giudice delle leggi, che ha immediato fondamento nella Costituzione, e attraverso l’applicazione diretta di una disposizione di questa», la Corte, specie nei giudizi di eguaglianza, sarebbe invece giunta a elaborare le addizioni «manipolando nel dettaglio la disciplina ordinaria ritenuta discriminatoria o omissiva».

¹⁶⁷ Ricorda G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte Costituzionale Vezio Crisafulli*, tenutasi a Roma, Palazzo della Consulta, 5 novembre 2010, Roma, 2011, 53 ss., spec. 54 ss., consultabile in www.cortecostituzionale.it, come a seguito della pubblicazione di un suo scritto del 1981 assai critico nei confronti delle sentenze manipolative, finito poi negli stessi scritti in onore di Crisafulli, ricevette una telefonata dallo stesso e sollecitato a prendere «il primo treno» per Roma. Silvestri racconta come anziché andare incontro a un’aspra critica, come aveva del resto immaginato, Crisafulli si sarebbe mostrato «molto interessato, perché riconosceva in pieno che c’era del vero nella critica teorica alle sentenze manipolative, ma riteneva, al tempo stesso, non se ne potesse fare a meno». Dinanzi a una simile ammissione, lo stesso Silvestri avrebbe quindi parlato di «*felix culpa* della Corte» di fronte a una Costituzione ancora largamente inattuata, rispetto alla quale «le sentenze additive in molti casi erano assolutamente indispensabili. Questa», conclude l’autore, «è la differenza fra chi rimane fedele a tutti i costi a schemi teorici e chi, invece, rileva la distanza tra la pura teoria e la prassi del diritto, con la sua necessaria attenzione al complesso degli interessi in gioco». Lo scritto di Silvestri oggetto dell’aneddoto è quello dal titolo *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, pubblicato prima nel 1981 sulla rivista *Giurisprudenza costituzionale* e poi in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 755 ss.

¹⁶⁸ Un punto che ci riporta alla mente l’ulteriore e nota critica avanzata da G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 109, per cui «se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarla; se non c’è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla», per cui l’intervento della Corte si porrebbe nella prima ipotesi in contrasto con le prerogative della magistratura e nella seconda con quelle del legislatore.

¹⁶⁹ S. BARTOLE, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza: il caso del diritto costituzionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 4, 2013, 111 ss.

¹⁷⁰ «Il giudizio della Corte», osservano ancora ZAGREBELSKY e MARCENÒ, «data l’incostituzionalità della legge, deve concludersi con la determinazione d’una norma offerta al giudice *a quo*, per la definizione del suo giudizio. In questa ricerca, la distinzione tra ciò che c’è e ciò che non c’è sfuma e diventa la distinzione tra ciò che è riconducibile e ciò che non è riconducibile all’ordinamento giuridico, fermo restando l’ineliminabile fattore attivo o creativo inerente a ogni ricerca giurisprudenziale di questo tipo» (*op. ult. cit.*, 236 ss.).

giurisdizionale, a contatto con casi da risolvere»¹⁷¹.

Una simile costruzione è figlia di una sorta di paradosso. Crisafulli era infatti il padre di una teorica se possibile ancor più celebre delle ‘rime obbligate’, teorica che nella giuspubblicistica italiana sfiora i caratteri del dogma: la distinzione fra ‘disposizione’ e ‘norma’¹⁷², che riflette nel giuridico la distinzione fra significante e significato. Ebbene, proprio tale teorica, elaborata da un vecchio giuspositivista pensando all’ambito apparentemente asettico¹⁷³ delle fonti del diritto, «è da decenni la premessa dell’intero arsenale di tecniche decisorie forgiato dalla Corte costituzionale al di là della secca alternativa fra rigetto e accoglimento della questione»¹⁷⁴. Le rime obbligate, allora, potrebbero addirittura essere inquadrare come il tentativo del giuspositivista, ritrovatosi in una situazione simile a quella dell’apprendista stregone, di cercare di porre rimedio al fatto di aver fornito al Giudice delle Leggi lo strumentario teorico su cui questi ha potuto fondare le sue pronunce più invasive sul piano del tessuto legislativo ordinario.

Sia come sia, la Corte avrebbe poi effettivamente introiettato la tesi delle ‘rime obbligate’, facendone però abbastanza spesso un utilizzo peculiare: nonostante si trattasse di una tesi funzionale in un’ottica giustificazionista delle sentenze ricostruttive, essa è stata invece puntualmente – e frequentemente – richiamata per dichiarare l’inammissibilità delle questioni, asserendo che proprio la mancanza di una ‘rima obbligata’ avrebbe implicato che la soluzione sarebbe stata riservata al potere discrezionale del legislatore.

... una decisione additiva è consentita, com’è *ius receptum*, soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda ad *un’estensione logicamente necessitata* e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. *Quando invece si profili una pluralità di soluzioni*, derivanti da varie possibili valutazioni, *l’intervento della Corte non è ammissibile, spettando la*

¹⁷¹ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, 237.

¹⁷² La nota tassonomia crisafulliana che distingue tra le parti di un testo individuabili per il loro contenuto prescrittivo (disposizioni) e i possibili significati ad esse ascrivibili (norme) (si veda V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss.) ha ormai notoriamente assunto «la portata del dogma giuridico, con un crisma di accettazione che sfiora, nella diffusa percezione dei pubblicisti, l’indiscutibilità propria di altro genere di dogma» (A. LONGO, *L’immobile freccia. Confutazioni e refutazioni in merito alla distinzione tra disposizione e norma*, in F. Modugno e Id., *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, 2021, 2). Si tratta di una distinzione il cui fondamento è stato peraltro recentemente criticato da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir. Annali*, IX, 2016, 391 ss. il quale, fra i vari rilievi, rinviene nella ‘norma’ la stessa omogeneità linguistica della ‘disposizione’ e dunque il suo essere a sua volta sottoposta a interpretazione. E tuttavia – è stato osservato – una tale obiezione «rovescia l’onere di dimostrare l’infondatezza della distinzione su chi la sostiene, assumendo aprioristicamente che il *genus* ‘enunciato’ non sia suscettibile di tradursi nelle *species* di ‘disposizione’ e ‘norma’, ovvero assumendo l’irrelevanza dei predicati di ‘significante’ e ‘significato’ dell’attributo ‘enunciato’» (C. PINELLI, *Certeza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 22019, 556).

¹⁷³ In ogni caso, un ambito dove conflitti asprissimi fra poteri costituzionali erano al tempo impensabili.

¹⁷⁴ C. PINELLI, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

*relativa scelta unicamente al legislatore*¹⁷⁵.

Passaggi come questo sono tipici corollari pratici dell'applicazione pratica delle 'rime obbligate', le quali si sono dunque tradizionalmente legate a dispositivi di inammissibilità nonostante l'accertamento, il dubbio o comunque la non esclusione di un'illegittimità costituzionale¹⁷⁶.

Sul piano funzionale, l'intuizione di Crisafulli è stata dunque frequentemente impiegata, forse anche più che per giustificare interventi di tipo manipolativo – in consonanza con la funzione per cui era stata pensata dall'insigne giurista – per dichiarare l'inammissibilità per discrezionalità legislativa nei casi in cui la Corte era in grado di indicare la presenza di plurimi indici ricostruttivi, la non univocità dell'addizione richiesta. In una parola, la tesi è stata funzionale non tanto a giustificare le sentenze additive, quanto ad ammantare per contro di legittimità le 'non-risposte' della Corte costituzionale proprio dinanzi alle richieste di manipolazione dei giudici rimettenti. Non-risposte motivate ad esempio dalla richiesta di «produzione di una apposita disciplina, innovativa rispetto al sistema vigente»¹⁷⁷, dalla classica «presenza di una pluralità di soluzioni, nessuna delle quali costituzionalmente obbligata»¹⁷⁸ – magari ritenuta provata dalle diverse ipotesi ricostruttive prospettate dai giudici *a quibus* di fronte a un contesto fattuale

¹⁷⁵ In questi termini la sentenza n. 109 del 1986, punto 3 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri.

¹⁷⁶ «Certo è sottile», si è puntualmente osservato, «il crinale fra inammissibilità e manifesta infondatezza quando siano motivate dalla discrezionalità del legislatore, tuttavia, mi pare, una differenza esiste: quando dichiara l'inammissibilità la corte in definitiva riscontra o presuppone o almeno non esclude l'esistenza di un vizio di costituzionalità... Nelle decisioni di manifesta infondatezza non si è in presenza di giudizio negativo nei confronti del legislatore, la cui scelta può anche essere opinabile, ma rientra, appunto nella sfera di discrezionalità costituzionalmente insindacabile» (L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 7/8, 1986, 302 ss.).

¹⁷⁷ Sentenza n. 137 del 1981 sull'art. 304 del vecchio codice di procedura penale, rispetto al quale il giudice *a quo* sospettava la violazione del diritto di difesa nella parte in cui non prevedeva che la comunicazione giudiziaria fosse inviata, nell'ipotesi di procedimento penale contro imputato infermo di mente, anche a chi avesse esercitato su di lui la tutela. Assai critica sulla pronuncia richiamata L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di "inammissibilità" a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, 1314 ss., che dinanzi all'accertata incostituzionalità avrebbe preferito un «*annullamento puro e semplice*», si interrogava sulla legittimità dell'impostazione seguita dalla Corte nel precludersi un intervento nel caso in cui l'annullamento (in una pronuncia manipolativa) non comporti pure «la creazione automatica della norma contraria», sottolineando come in realtà proprio in queste ipotesi la Corte «pretende di sostituire il legislatore», perché afferma di avere la possibilità di optare per un intervento additivo nel caso in cui poi il tessuto legislativo non necessiterebbe più di integrazioni o modifiche da parte degli organi politici. In termini analoghi, R.E. KOSTORIS, *Imputato infermo di mente e avviso di procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 303 ss. A quanto ci risulta, la sentenza n. 137 del 1981 è la prima pronuncia in cui la Corte richiama pur implicitamente l'intuizione delle 'rime obbligate', utilizzandola in funzione di una dichiarazione d'inammissibilità.

¹⁷⁸ Sentenza n. 271 del 2010 in tema di elezione dei membri italiani al Parlamento europeo. Si vedano pure le sentenze n. 256 e n. 257 del 2010 ancora in materia elettorale. O ancora, la nota sentenza n. 138 del 2010, con cui la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 14-bis, 156-bis cod. civ., preclusivi del matrimonio fra persone dello stesso sesso, in quanto «diretta ad ottenere una pronunzia additiva non costituzionalmente obbligata» (punto 5 del *Considerato in diritto*).

e normativo abbastanza simile¹⁷⁹ – e dunque dal non essere la pronuncia richiesta «l'unica possibile»¹⁸⁰, dalla mancanza di «un modello legale idoneo»¹⁸¹ cui ancorare l'indicazione della parte ricostruttiva della sentenza, dalla richiesta di «un intervento manipolativo di sistema»¹⁸² o di un'additiva «dai contenuti indefiniti e non costituzionalmente obbligati»¹⁸³, dalla richiesta di incidere su un «complesso normativo» con un'«estesa articolazione» che implicherebbe anche scelte di carattere organizzativo¹⁸⁴, da quella di introdurre un nuovo istituto¹⁸⁵, da quella «di apprestare una particolare disciplina»¹⁸⁶, dal rilievo per cui la Corte non è nella specie chiamata a correggere l'irragionevole esclusione di un trattamento rispetto a una certa categoria di situazioni omogenee a quelle oggetto dello stesso, ma a «disporre nuovi e diversi mezzi di garanzia in relazione alle peculiari caratteristiche della situazione in esame»¹⁸⁷ o, ancora, dalle conseguenze che l'intervento manipolativo avrebbe sul settore normativo, richiedendo la necessità di un successivo intervento legislativo¹⁸⁸. Motivazioni non sempre pienamente convincenti, e tuttavia evidentemente funzionali a tentare di giustificare di volta in volta la mancata pronuncia di una sentenza manipolativa. In definitiva, le «rime obbligate» «hanno sempre assunto il significato di porsi come limite alle decisioni manipolative della Corte», marcando una differenza qualitativa con l'incidenza in

¹⁷⁹ Ordinanza n. 88 del 2001, in tema di misure di sicurezza applicabili nel caso di proscioglimento dell'imputato per infermità psichica.

¹⁸⁰ Sentenza n. 103 del 2010, in tema di diritto di difesa nel processo penale e di effettività del contraddittorio in caso di rinvio a giudizio per un fatto qualificato d'ufficio in maniera giuridicamente diversa, punto 4 del *Considerato in diritto*. In termini analoghi le sentenze n. 32, n. 267 e n. 385 e le ordinanze n. 172 e n. 240 del 1992 in tema di riflessi penalistici della dichiarazione di fallimento. Si veda pure risalendo alle prime applicazioni della costruzione giurisprudenziale delle rime obbligate, la sentenza n. 148 del 1984 in tema di sanzioni sostitutive della pena pecuniaria.

¹⁸¹ Sentenza n. 252 del 1996 in tema di adozione, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁸² Ordinanza n. 182 del 2009, che ha dichiarato inammissibile la questione con la quale il giudice *a quo* suggeriva alla Corte la sostanziale espunzione dell'istituto dell'udienza preliminare alla luce del diritto incondizionato dell'imputato di accedere al giudizio abbreviato. Si veda pure l'ordinanza n. 316 del 2008 in tema di processo tributario.

¹⁸³ Ordinanza n. 318 del 2010, in tema di rilevanza penale del trattenimento dello straniero sul territorio dello Stato.

¹⁸⁴ Sentenza n. 214 del 1983 in tema di adozione internazionale. Si veda pure la sentenza n. 70 del 1984 in tema di conciliazione amministrativa relativa ai delitti di contrabbando punibili con la sola pena della multa.

¹⁸⁵ Si vedano ad esempio le ordinanze n. 24 del 1985, n. 333, n. 396 del 1994, n. 254 del 2005, n. 83 del 2007 (tutte in tema di misure applicabili a seguito del proscioglimento per totale infermità psichica) n. 463 del 2002 (diritto del coniuge non passato a nuove nozze nonché titolare di assegno divorzile ad una quota del trattamento di fine rapporto percepito dall'altro coniuge) n. 185 del 2007 (termine della notifica dell'ordinanza-ingiunzione in relazione all'inflazione di sanzioni amministrative pecuniarie) e n. 243 del 2009 (accertamenti tecnici non ripetibili).

¹⁸⁶ Sentenza n. 274 del 1983, punto 5 del *Considerato in diritto* (in tema di riduzione di pena concessa per aver dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione ai fini dell'ammissione alla liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo).

¹⁸⁷ Sentenza n. 25 del 1984, punto 6 del *Considerato in diritto* (in tema di crediti di rivalsa IVA).

¹⁸⁸ Si veda ad esempio la sentenza n. 205 del 1983, con la quale la Corte ha dichiarato inammissibili delle questioni di legittimità costituzionale relative a sperequazioni asseritamente ingiustificate nelle sanzioni penali previste nei confronti dei dipendenti di enti pubblici rispetto ai dipendenti di enti privati nel settore creditizio.

termini di innovazione del diritto oggettivo propria del legislatore¹⁸⁹.

In effetti, le ‘rime obbligate’ hanno subito un’eterogenesi dei fini, una vera e propria torsione funzionale: nate come «artificio retorico per superare l’obiezione della presunta invasione della sfera riservata al legislatore», avrebbero ben presto rappresentato «un “argine” al dilagare della creatività della Corte»¹⁹⁰. Ma v’è di più: questo utilizzo delle ‘rime obbligate’ – ancora di recente rinvenibile nella giurisprudenza¹⁹¹ e verosimilmente ‘improprio’ rispetto alle intenzioni di chi le ha concepite – avrebbe addirittura finito per porre la questione del rischio di un arretramento della giustizia costituzionale in specifici ambiti della legislazione¹⁹².

Ciò detto non va neppure trascurata l’altra faccia della medaglia, ovvero sia come questa teorica si è poi legata ai casi in cui la Corte ha effettivamente pronunciato sentenze manipolative¹⁹³; in altri termini, si tratta di vedere se effettivamente Crisafulli si fosse limitato a descrivere un modo di procedere della Corte o se invece egli mirasse a fornire coordinate di tipo prescrittivo. Anzi, forse è proprio nell’analisi di alcuni interventi di questo tipo che emerge con maggiore chiarezza la fragilità teorica di un’intuizione «forse più utile e opportuna che pienamente convincente»¹⁹⁴.

Guardando a certi interventi della Corte, la sensazione è che in effetti le indicazioni da trarre dalla concreta esperienza della giurisprudenza costituzionale restituiscono,

¹⁸⁹ E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, 2021, 347.

¹⁹⁰ Ricorda M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. e Soc.*, 1, 2020, 67 ss.: «La “creazione” deve trovare un preciso ancoraggio nei parametri costituzionali, essendo tollerabile nei limiti in cui resa indispensabile dall’esigenza di garantire una soluzione normativa conforme a Costituzione che possa dirsi “a portata di mano”. Insomma, l’integrazione o la sostituzione dell’enunciato, peraltro specificamente sollecitata dal giudice rimettente, sarebbe possibile soltanto allorché immediatamente implicata dal parametro costituzionale evocato».

¹⁹¹ Si vedano, fra le altre, le sentenze n. 223 del 2015 (rel. Zanon) sulla causa di non punibilità dei congiunti della persona offesa da determinati reati contro il patrimonio, dove il trovarsi in materia penale appare argomento rafforzativo dell’inammissibilità, n. 84 del 2016 (rel. Morelli) sul divieto assoluto di qualsiasi ricerca clinica o sperimentale sull’embrione che non risulti finalizzata alla tutela dello stesso, questione che per la Corte sottende una «scelta tragica» che chiama anzitutto in causa il legislatore, n. 6 del 2018 (rel. Coraggio) in tema di riparto di giurisdizione in merito a questioni relative al pubblico impiego, n. 100 (rel. San Giorgio) in tema di attribuzione della quota di pensione di reversibilità al figlio superstite e n. 214 del 2022 (rel. Sciarra) in tema di determinazione della base retributiva utile ai fini del trattamento di quiescenza di appartenenti alla carriera diplomatica.

¹⁹² Proprio in relazione alla materia penale e in particolare rispetto al giudizio sulle norme penali di favore, Lorenza CARLASSARE, *Le decisioni d’inammissibilità e di manifesta infondatezza*, cit., 300, aveva ammonito circa il fatto che proprio la necessità della sussistenza di una soluzione costituzionalmente obbligata come indice ricostruttivo affermata al tempo dalla Corte, unita alla ritrosia nel pronunciare additive in materia, avrebbe potuto condurre al ricrearsi di ‘zone franche’.

¹⁹³ Ad esempio, nella sentenza n. 409 del 1989, che è – a quanto consta a chi scrive – il primo caso di pronuncia sostitutiva di una sanzione penale con quella prevista per la fattispecie individuata come *tertium comparationis*, la Corte costituzionale sottolinea che con il dispositivo in questione «non fa che vincolatamente attuare... la valutazione che il legislatore opera» (punto 6 del *Considerato in diritto*). In casi come questo si ha quindi una piena corrispondenza con l’elaborazione di Crisafulli in chiave giustificazionista.

¹⁹⁴ Così E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 347, i quali osservano che spesso il richiamo all’intuizione di Crisafulli sarebbe risultato «palesamente una foglia di fico e frutto di una qualche ipocrisia» per via del carattere chiaramente non obbligato della soluzione adottata dalla Corte.

più che l'immagine di interventi dettati da un'obbligatorietà di fondo, quella di un incedere dettato essenzialmente da ragioni di carattere pragmatico¹⁹⁵. Si pensi ad esempio a certe 'sentenze direttive'¹⁹⁶, dove la Corte fornisce al legislatore una sorta di cornice costituzionale entro la quale orientare il proprio intervento non priva di una concreta capacità condizionante la produzione legislativa¹⁹⁷, dove il carattere obbligato delle possibilità di attuazione dei principi costituzionali indicate dalla stessa Corte è assai dubbio. Si pensi, ancora, a certi interventi manipolativi – anche risalenti – in cui la Corte ha scartato l'ipotesi ricostruttiva prospettata dal giudice *a quo* per adottarne una differente sulla base di ragioni di *maggiore adeguatezza* che per definizione tradiscono un carattere dell'intervento tutt'altro che obbligato¹⁹⁸: il

¹⁹⁵ Il rilievo, diffuso in letteratura, trascorre ad esempio lo studio di E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, II ed., Bologna, 1999, 19, il quale parla appunto di un itinerario giurisprudenziale e di un modello di giustizia costituzionale «che, nel suo complesso, è stato ispirato dal pragmatismo».

¹⁹⁶ È ad esempio il caso della sentenza n. 202 del 1976 in tema di servizi radiotelevisivi in ambito locale, in cui la Corte ha accertato la violazione degli artt. 3 e 21 Cost. da parte degli artt. 1, 2 e 45 legge n. 103 del 1975 («Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva») nella parte in cui non consentivano, previa autorizzazione statale e *nei sensi di cui in motivazione*, l'installazione e l'esercizio di impianti di diffusione radiofonica e televisiva via etere di portata non eccedente l'ambito locale. E *in motivazione*, di cui riportiamo un lungo passo proprio per evidenziare la latitudine valutativa della Corte, si legge che l'intervento legislativo avrebbe dovuto prevedere «a) i requisiti personali del titolare dell'autorizzazione e dei suoi collaboratori, che diano affidamento di corretta e responsabile gestione delle trasmissioni; b) le caratteristiche tecniche degli impianti e la relativa zona di servizio, nonché la specificazione delle frequenze e dei canali utilizzabili; c) l'esatta indicazione dell'ambito di esercizio, il cui carattere "locale" deve essere ancorato a ragionevoli parametri d'ordine geografico, civico, socio-economico, che consentano di circoscrivere una limitata ed omogenea zona di utenza, senza, peraltro, eccessive restrizioni, tali da vanificare l'esercizio medesimo; d) eventuale fissazione di turni ed adozione di ogni altro accorgimento tecnico, al fine di non turbare il normale svolgimento del servizio come sopra riservato allo Stato ai sensi degli artt. 1 e 2 della citata legge n. 103 del 1975 e di ogni altro servizio parimenti riservato allo Stato; ed al fine di rendere possibile il concorrente esercizio di attività da parte degli altri soggetti autorizzati; e) limiti temporali per le trasmissioni pubblicitarie, in connessione con gli analoghi limiti imposti al servizio pubblico affidato al monopolio statale; f) ogni altra condizione necessaria perché l'esercizio del diritto, previa autorizzazione, si svolga effettivamente nell'ambito locale e non dia luogo a forme di concentrazione o situazioni di monopolio o oligopolio» e che, nel caso in cui «concorrano le condizioni, da stabilire nei modi sopra indicati, il rilascio dell'autorizzazione è vincolato e non meramente discrezionale, con tutte le conseguenze giuridiche che tale natura dell'atto comporta nel nostro ordinamento» (punto 8 del *Considerato in diritto*). Ma altri, non meno significativi esempi avremmo potuto trarli dalle sentenze n. 225 n. 226 del 1974, sempre in tema di servizi radiotelevisivi.

¹⁹⁷ Osservava già in quegli anni G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, poi in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 790 come in effetti questo tipo di pronunce riflettesse un mutamento di autocomprensione della Corte costituzionale, che la vedeva già all'epoca «organo di *attuazione* della Costituzione», dal che ne è disceso un operare «in modo da costringere il flusso della legislazione entro argini rigorosamente determinati», argini che «non servono solo a prevenire ed evitare straripamenti fuori della Costituzione, ma *tracciano in anticipo il cammino da seguire per la sua attuazione*».

¹⁹⁸ Pensiamo ad esempio alla sentenza n. 95 del 1979, dove la Corte, pur giudicando fondata la questione relativa alla violazione del principio di eguaglianza da parte dell'art. 24, secondo comma, regio decreto-legge n. 1404 del 1934 perché non prevedeva alcuna regola sussidiaria di competenza del tribunale per i minorenni rispetto a quella della 'dimora abituale del riabilitando' in caso di

che ridimensiona in una certa misura lo stesso rilievo per cui nei giudizi di eguaglianza concernenti le omissioni legislative la Corte rimarrebbe necessariamente più vicina a una logica di 'rime obbligate'¹⁹⁹. Ma se così è, pur non venendo certamente meno la possibilità che la Corte ricorra a schemi decisionali additivi o sostitutivi, parlare di soluzione a 'rime obbligate' discendente dall'applicazione in via analogica dei principi costituzionali diventa, oltre che complesso, senza dubbio assai opinabile. Questi argomenti – cui potrebbero del resto aggiungersene altri non meno significativi²⁰⁰ – se non mettono in dubbio un'utilità quantomeno prescrittiva dell'intuizione di Crisafulli, restituiscono tuttavia la chiara immagine di una giustificazione di cui i giudici di Palazzo della Consulta hanno fatto un uso tradizionalmente strumentale a seconda delle specifiche circostanze in cui si sono ritrovati a dover decidere, facendone dunque uno strumento rispondente alle logiche non di rado assai pragmatiche che permeano il giudizio costituzionale²⁰¹.

trasferimento di questi all'estero (escludendo dunque dalla riabilitazione speciale tutti i giovani di età compresa fra i diciotto e i venticinque anni che non avevano residenza o dimora abituale nel territorio dello Stato) osserva che dall'accoglimento, anziché derivare «necessariamente» la competenza sussidiaria del tribunale per i minorenni che ha pronunciato il provvedimento cui si riferisce la richiesta riabilitazione speciale, deve invece ritenersi esser competente il tribunale per i minorenni del luogo dell'ultima dimora abituale del giovane in Italia. E ciò perché questo tribunale «può raccogliere e valutare le informazioni, i pareri, gli atti e i precedenti necessari per il giudizio di ravvedimento anche fuori del luogo di residenza ed all'estero tramite l'autorità consolare italiana» (punto 3 del *Considerato in diritto*). Rispetto a tale pronuncia, già G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, cit., 784 ha fatto notare che la norma individuata dall'addizione «risponde a criteri razionali... che non sono strettamente indispensabili» a garantire il rispetto del principio di eguaglianza: «La Corte», in definitiva, «non solo individua la norma costituzionalmente giusta, ma anche la norma razionalmente adeguata».

¹⁹⁹ Evidenziano G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, 237, che la pronuncia di un'additiva – la più eclatante fra le sentenze manipolative – implica, proprio nel caso del giudizio di eguaglianza dove si riscontrino omissioni irragionevoli, la dichiarazione d'incostituzionalità della «norma esclusiva implicita, con ciò rendendo possibile l'estensione della norma esplicita a casi originariamente omessi dalla previsione», mentre diverso è il caso in cui il giudizio riguardi diversi principi costituzionali «di natura sostanziale e non relazionale». Ci sembra tuttavia che l'esempio addotto in precedenza dimostri a sufficienza come pure nei giudizi relazionali la Corte goda di un'ampia latitudine valutativa nel definire la parte ricostruttiva delle proprie pronunce, che se non smentisce certo questa ricostruzione finisce comunque per metterne in dubbio la linearità, nient'affatto necessaria.

²⁰⁰ Ci limitiamo qui a due rilievi. Il primo è che il funzionamento dell'analogia – e dunque, seguendo Crisafulli, dei principi generali – non può nel giudizio costituzionale essere lo stesso al quale ricorrono i giudici comuni, perché il giudizio costituzionale non è un giudizio sussuntivo, implicando piuttosto valutazioni comparative fra norme, bilanciamenti fra valori e giudizi di ragionevolezza, di verosimiglianza, di plausibilità; è un giudizio in cui, rilevata l'antinomia fra un principio costituzionale e una norma del tessuto legislativo ordinario, è con l'annullamento di quest'ultima che il primo troverà una sorta di espansione applicativa. Il secondo rilievo è che la stessa Corte costituzionale è padrona di quella che R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 62 ss. ha definito «topografia del conflitto», ovverosia dell'individuazione degli stessi termini del bilanciamento, in tal modo condizionando in maniera decisiva i presupposti e con essi l'esito stesso del giudizio, e a catena lo stesso operare dei principi costituzionali, che rispondono evidentemente a una logica applicativa tutt'altro che obbligata.

²⁰¹ Può essere interessante ricordare come, nel replicare all'osservazione per cui le additive

Detto dell'applicazione della dottrina delle 'rime obbligate' in varie aree del tessuto legislativo, in materia penale la questione del loro impiego si è invece tradizionalmente saldata con una consolidata giurisprudenza per cui la pronuncia di sentenze additive è stata in generale considerata preclusa alla Corte²⁰²; un indirizzo progressivamente sviluppatosi nel senso della sola esclusione di interventi che aggravassero la posizione della persona²⁰³, incentrato su una lettura «forte» della riserva di legge di posta dall'art. 25, secondo comma, Cost.²⁰⁴. Più precisamente, come abbiamo già chiarito nella prima parte di questo studio, in materia penale si è progressivamente affermata una forma d'inammissibilità di carattere sostanziale, legata cioè alla lettura data dalla Corte alla legalità penale in quanto tale; in breve,

avrebbero rappresentato pronunce «gregarie» per via dei limiti congeniti alle possibilità d'azione della Corte (G. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 121) Leopoldo Elia ebbe a dire che, sebbene quanto a contenuto e *quodomo*do «le rime debbono baciarsi per predestinazione», restava comunque in piedi il problema dell'an, punto sul quale «si concentra il maggior potenziale di scelta, specialmente quando la Corte si confronta con opzioni politiche attuali» (L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, cit., 323).

²⁰² A partire dalla sentenza n. 42 del 1977, dove si legge che la Corte «non può... nella materia penale, sottrarre alcune fattispecie alla disciplina comune per ricondurle in una disciplina speciale che si ritiene più congruamente tutelare gli interessi coinvolti e tanto meno quando ciò comporti un aggravamento di pena. Simile scelta, che deve essere definita eminentemente politica, è infatti riservata dall'art. 25 della Costituzione al solo legislatore, restando esclusa ogni possibilità di intervento attraverso sentenze cosiddette additive». Ricordano, fra gli altri, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 196 e V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. Manes e Id., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 458 ss., che una simile giurisprudenza si è andata affermando alla luce di alcuni casi in cui la Corte di cassazione aveva considerato le sentenze manipolative in materia penale come annullamenti semplici (si veda Cass. pen., Sez. I, 22 novembre 1974, *Bindi*). Proprio citando la sentenza n. 42 del 1977, F.C. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale. Un contributo comparatistico allo studio del tema*, in A. Pizzorusso e V. Varano, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, 546, 50 ha osservato che partendo dall'assunto per cui la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. riguarda la materia penale nella sua interezza, o da quello per cui le sentenze additive non sarebbero rispettose di uno spazio di esclusiva legislativa, «non dovrebbe conseguentemente distinguersi a seconda che l'«addizione» riguardi norme favorevoli o sfavorevoli». Osservano invece E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 139 che le sentenze additive in materia penale sarebbero state escluse non tanto per via dell'esistenza di una riserva di legge – il che avrebbe dovuto condurre allo stesso esito in materie analoghe – quanto per via «dello speciale principio di legalità delle pene che comporta, per il tipo di materia trattata ed i beni su cui essa va ad incidere (libertà personale), una esigenza di certezza che esclude la configurabilità di interventi additivi della Corte».

²⁰³ Con la sentenza n. 297 del 1986, ad esempio, si sottolinea l'impossibilità di un intervento in *malam partem*, non escludendolo per converso ove non deteriore rispetto alla posizione della persona (punto 7 del *Considerato in diritto*). Si veda tuttavia, per un momento di significativa contraddizione interna nella giurisprudenza costituzionale, la già richiamata sentenza n. 440 del 1995 in tema di bestemmia, la quale ha prodotto conseguenze che possono considerarsi sostanzialmente in *malam partem*.

²⁰⁴ M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in R. Bin et al. (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia. Atti del Seminario, Ferrara, 6 maggio 2005*, Torino, 2005, 12.

dinanzi a richieste di decisioni manipolative *in malam partem* il dispositivo d'inammissibilità si è col tempo sganciato dal divieto di retroattività, che conduceva a inammissibilità per difetto di rilevanza, per saldarsi invece con la riserva di legge in sé e per sé²⁰⁵: un cambiamento che, come anticipato, ha trovato il proprio sigillo definitivo nella sentenza n. 148 del 1983 (rel. Paladin)²⁰⁶.

Evidentemente, le possibilità applicative della costruzione delle rime obbligate sono risultate – e tutt'ora in varie ipotesi continua a risultare – assorbite dall'inammissibilità di determinati interventi manipolativi in materia penale implicata dalla peculiare lettura data dalla Corte costituzionale alla riserva di legge penale. Il che però non significa che in altri casi questo ricorso non sia stato possibile, anzi²⁰⁷.

Questa combinazione fra dottrina delle rime obbligate e «dogma» dell'inammissibilità sostanziale delle sentenze *in malam partem*²⁰⁸ ha per lungo tempo rappresentato una sorta di vallo rinforzato che ha permesso un esercizio della discrezionalità legislativa in materia penale molto meno sindacabile e sindacato rispetto ad altre aree dell'esperienza giuridica. Di più, potremmo addirittura arrivare a dire che in fondo proprio lo schema delle rime obbligate e la peculiare lettura data alla riserva di legge hanno, per un lungo tratto della storia costituzionale italiana,

²⁰⁵ Nota pronuncia sul punto è la sentenza n. 108 del 1981 in tema di aborto, nella quale la Corte ha escluso di poter pronunciare decisioni in grado di dar vita a nuove fattispecie penali, la cui creazione si considera «esclusivamente riservata al legislatore»; una scelta imposta dunque dalla peculiare lettura dell'art. 25, secondo comma, Cost., da cui deriva l'inammissibilità delle questioni «perché ne preclude l'esame il principio di legalità, sancito nel codice e consacrato nella Carta repubblicana, come fondamentale valore dello stato di diritto, ancor prima del principio di irretroattività della legge penale». Sottolinea il passaggio da un'inammissibilità processuale a una sostanziale M. BRANCA, *Norme penali di favore: dall'irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, in *Giur. cost.*, 1981, 913 ss. Si veda, in termini analoghi, la precedente sentenza n. 73 del 1981 e la successiva ordinanza n. 45 del 1982.

²⁰⁶ Pronuncia in cui, lo ricordiamo, dinanzi alla necessità di evitare il formarsi di «zone franche» in cui «la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile», la Corte costituzionale ha abbracciato la tesi per cui le pronunce d'accoglimento su norme penali di favore hanno comunque una capacità d'incidere sull'esercizio delle funzioni del giudice *a quo*, dal che il superamento della prospettiva dell'inammissibilità per difetto di rilevanza alla luce del divieto di retroattività (punto 3 del *Considerato in diritto*).

²⁰⁷ Si vedano, fra le pronunce in cui la Corte costituzionale ha fatto ricorso alle rime obbligate in materia penale, le sentenze n. 205 del 1983 (sulla qualifica di pubblici ufficiali ascritta senza discriminazione ai dipendenti delle banche di diritto pubblico da alcune norme del codice penale) n. 274 del 1983 (sulla riduzione di pena concessa per aver dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione ai fini dell'ammissione alla liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo) n. 148 del 1984 (sulla sostituibilità della pena pecuniaria, sia essa comminata sola o alternativamente a quella detentiva) n. 409 del 1989 (sul rifiuto del servizio militare id leva per motivi di coscienza, rispetto alla quale abbiamo già sottolineato il fatto che la Corte abbia qui sottolineato il carattere vincolato della manipolazione anziché quello discrezionale, facendo un uso più raro delle rime obbligate in funzione giustificazionista dell'accoglimento) n. 23 del 2013 (sulla sospensione della prescrizione del reato) n. 279 del 2013 (sul sovraffollamento carcerario) n. 214 del 2014 (sul valore giornaliero della pena detentiva breve ai fini della sostituzione con quella pecuniaria) n. 223 del 2015 (sulla non punibilità dei congiunti della persona offesa nei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare).

²⁰⁸ Così V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., 463 ss., il quale (ivi, 465 ss.) osserva «come la “cortina” presenti, in realtà, dei varchi».

reso non eccessiva la considerazione del potere di normazione in materia penale come qualitativamente diverso da quello esercitato in altre branche del diritto in ragione del grado di discrezionalità legislativa riservato ai singoli ambiti. Aggiungeremmo che, del resto, è proprio in una parte del tessuto legislativo ordinario come il diritto penale che le rime obbligate come limite all'azione della Corte trovano il proprio punto di caduta applicativa più efficace, in particolare quanto al sindacato sulla misura delle pene: qui, l'individuazione di indici univoci, di soluzioni costituzionalmente obbligate una volta accertata l'irragionevolezza della norma censurata assume tratti di immane complessità²⁰⁹.

5. Secondo caveat. Lo spartiacque della sentenza Paladin.

Il divieto di retroattività in materia penale è stato definito dalla Corte costituzionale un «superiore principio di civiltà», «della stessa civiltà nella quale la nostra Costituzione si inserisce»²¹⁰. Si tratta di un'altra norma ancillare all'istituto della riserva di legge tratteggiata dall'art. 25, secondo comma, Cost., che finisce per darle un'ulteriore, forte caratterizzazione. La Costituzione pone infatti un ulteriore limite negativo al potere di normazione penale e al contempo alle possibilità di esercizio concreto del potere punitivo in quanto garanzia per la persona a non essere punita «se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». Dal divieto di retroattività la Corte costituzionale ha tratto per lungo tempo il principale argomento per pronunciare dispositivi d'inammissibilità per difetto di rilevanza dinanzi a richieste di manipolazione *in malam partem*, cioè di fronte a richieste di modifica o ampliamento delle fattispecie criminose. Un orientamento che sarebbe stato superato dal definitivo affermarsi di una peculiare forma d'inammissibilità di tipo sostanziale fondata sulla riserva di legge in sé e per sé²¹¹: passaggio consacrato una volta per tutte con la fondamentale sentenza n. 148 del 1983 (rel. Paladin)²¹².

²⁰⁹ Del resto, come fa opportunamente notare L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 366, nota 71, questo più marcato attivismo della Corte in materia penale implica il paradosso per cui una volta fatta la scelta di intervenire lo si debba poi giocoforza fare «con l'«artiglieria pesante» dell'additiva di regola» nonostante ci si trovi di fronte a una pluralità di opzioni ricostruttive tutte costituzionalmente compatibili – che in altri ambiti darebbero forse luogo a un'additiva di principio – e ciò per le ovvie «ragioni, costituzionalmente imposte, di certezza e determinazione tanto della sanzione quanto della fattispecie, imprescindibile baluardo in materia penale».

²¹⁰ Sentenza n. 51 del 1980, punto 5 del *Considerato in diritto*. È invero interessante la precisazione di poco successiva, in cui il Giudice delle Leggi sembra prendere posizione – in maniera non richiesta – sulla questione teorica del bene giuridico costituzionale e, dunque, sui presupposti costituzionali delle scelte di criminalizzazione. La Corte afferma che la retroattività si lega alla «tendenziale libertà della persona dalla riprovazione e dalla repressione penali - riservate in definitiva alla legge ordinaria, ma pur sempre soltanto a questa, e *non necessariamente finalizzate all'esclusiva protezione dei valori costituzionali e degli stessi valori di civiltà* - appresta alla persona stessa una garanzia di copertura dalle (mediante l'attribuzione ad essa di una posizione di indifferenza rispetto alle) vicende di inasprimento della legislazione penale considerate nei loro effetti generali» (il corsivo è nostro).

²¹¹ M. BRANCA, *Norme penali di favore*, cit., 913 ss.

²¹² Pronuncia di cui abbiamo peraltro già detto, almeno per grandi linee, *supra* (I.2.3.1).

In questa nota decisione, la Corte supera l'eccezione d'inammissibilità per difetto di rilevanza prospettata dall'avvocatura dello stato separando il discorso relativo alle *garanzie che la Costituzione riconosce agli imputati* da quello relativo al *sindacato sulle norme penali di favore*, ovvero sia quelle «norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni»²¹³ identificabili tramite il criterio della «specialità sincronica»²¹⁴. Un sindacato necessario a evitare il formarsi di «zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile»²¹⁵.

Questa premessa sarebbe stata ulteriormente precisata ricorrendo a vari argomenti a sostegno della tesi per cui, al netto delle garanzie di cui si è detto, nella prospettiva del giudice *a quo* le pronunce d'accoglimento su norme penali di favore hanno comunque una capacità d'incidenza sull'esercizio delle sue funzioni. Il che avviene perché: i) una pronuncia d'accoglimento incide senz'altro sulle formule di proscioglimento o sui dispositivi delle sentenze penali, ii) dal momento che «le norme penali di favore fanno anch'esse parte del sistema, al pari di qualunque altra norma costitutiva dell'ordinamento... in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento di norme del genere, non è un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto», e di conseguenza la problematica va ricondotta ancora

²¹³ Come sarebbe stato puntualizzato nella sentenza n. 394 del 2006, punto 6.1 del *Considerato in diritto*. Osservava Giorgio MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006, 4161, che questa nozione, «di puro conio della giurisprudenza della Corte» e nella quale rientrano «le sole norme “speciali” introdotte nell'ordinamento in deroga a norme generali», si distinguerebbe da quella più ampia delle norme penali più favorevoli, che abbracciando invece «le ulteriori ipotesi delle norme, che abrogando una norma preesistente, aboliscono (in tutto o in parte) un reato... ovvero apprestano una disciplina in concreto più favorevole al reo... e impongono quindi al giudice, con effetti retroattivi, di non punire più o di punire meno severamente questo o quel fatto». Peraltro nello scritto citato l'autore critica la tesi della Corte, imperniata sulla distinzione riportata, per la quale il ripristino di una norma penale abrogata sarebbe impedita dal fatto che essa rifletterebbe «scelte non più attuali» a giudizio del legislatore, sottolineando che esistono «scelte della Costituzione, anche nella materia penale, che hanno carattere *permanente* e, quindi, *refrattario* ad ogni *diversa scelta contingente del legislatore*; una valutazione legislativa *contingente* del legislatore, che lo spingesse ad abrogare una norma conforme a una data scelta *permanente* e preminente della Costituzione, darebbe perciò vita a un insanabile contrasto con la legge fondamentale; correlativamente, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma sostitutiva di quella norma abrogata avrebbe il desiderabile effetto di ripristinare la disciplina che armonizzava con la Costituzione: rimosso l'ostacolo, la legge anteriore riprenderà così regolarmente a produrre i suoi effetti» (ivi, 4166). Fra gli argomenti addotti a sostegno di questa tesi, l'autore riprende fra gli altri l'esistenza nell'ordine costituzionale dell'obbligo d'incriminazione di cui all'art. 13, quarto comma, Cost. («È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà») il quale, tuttavia, sul piano della discrezionalità relativa alle scelte di criminalizzazione nel diritto italiano rappresenta un'espressa eccezione, essendo queste, per il resto, rimesse al legislatore. E ciò al netto delle ipotesi di sindacato *in malam partem* delineate negli anni dalla Corte costituzionale, fra le quali rientrano gli obblighi sovranazionali richiamati dallo stesso autore citato.

²¹⁴ Ovverosia un criterio fondato «sull'esistenza di un rapporto di specialità tra le norme poste a raffronto... e sulla loro contemporanea presenza nell'ordinamento» (sentenza n. 46 del 2014, punto 3 del *Considerato in diritto*).

²¹⁵ Sentenza n. 148 del 1983, punto 3 del *Considerato in diritto*.

all'interpretazione del giudice comune, *iii*) non può essere escluso *a priori* che il giudizio costituzionale si concluda con una pronuncia differente dall'accoglimento, come un'interpretativa di rigetto o una sentenza «comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione», dal che la possibilità che tali decisioni incidano comunque sul giudizio penale in corso²¹⁶.

La sentenza Paladin si sarebbe poi conclusa con una decisione d'infondatezza che faceva salva la norma che prevede la non punibilità nei confronti dei membri del Consiglio superiore rispetto alle opinioni espresse. E tuttavia, la breccia sulla sindacabilità delle norme penali di favore era ormai stata aperta.

A partire da quel momento, la giurisprudenza costituzionale in materia si è attestata su una posizione da cui avrebbe individuato ulteriori aperture nel giudizio sulle norme penali in ipotesi nelle quali l'accoglimento avrebbe potuto produrre effetti *in malam partem*. Ma più che questo profilo, preme qui evidenziare che il post-sentenza Paladin sarebbe stato caratterizzato da una visione per cui gli unici profili di ammissibilità legati al funzionamento della riserva di legge penale avrebbero riguardato la dimensione sostanziale del divieto di creazione di nuove fattispecie penali, d'espansione del campo applicativo di quelle esistenti, d'incidenza in senso peggiorativo sulla risposta punitiva e in genere su profili afferenti alla punibilità, pur con le già ricordate eccezioni progressivamente individuate dalla Corte costituzionale per evitare il formarsi di zone franche.

Da un'interpretazione della riserva di legge alla quale si ascrivono simili corollari non può che fare del resto da *pendant* un'ampia discrezionalità legislativa: non soltanto perché alla Corte costituzionale rimangono precluse innumerevoli ipotesi di sindacato di merito, ma anche perché i casi in cui le questioni risultano ammissibili implicano comunque un giudizio che per concludersi con l'accoglimento deve necessariamente riposare sull'individuazione di vizi come la manifesta irragionevolezza e l'arbitrio²¹⁷. E si badi, si tratta – come si è evidenziato trattando delle implicazioni della riserva di legge penale – di un'ampiezza nella discrezionalità che riguarda soprattutto la costruzione della fattispecie.

Di fatti già a metà anni Settanta, e per giunta in una pronuncia che non rientra nella linea giurisprudenziale che si sarebbe poi affermata con la sentenza Paladin, la Corte precisa che anche ammettendo che essa detenga il potere di eliminare norme penali di favore – apprendimento giurisprudenziale che maturerà definitivamente proprio col *leading case* del 1983 – «è certo che essa, invece, non può, sempre nella materia penale, sottrarre alcune fattispecie alla disciplina comune per ricondurle in una disciplina speciale che si ritiene più congruamente tutelare gli interessi coinvolti e tanto meno quando ciò comporti un aggravamento di pena. *Simile scelta, che deve essere definita eminentemente politica, è infatti riservata dall'art. 25 della Costituzione al solo legislatore, restando esclusa ogni possibilità di intervento*

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ In linea di massima, il ventaglio di opzioni di bilanciamento in grado di non sfociare nel vizio di irragionevolezza manifesta è, almeno in teoria e per le ragioni già esposte, abbastanza ampio. Quanto all'arbitrio, si tratta chiaramente di casi-limite in cui la legge non risponde neppure a esigenze minime di civiltà giuridica che si traducono in gravissimi difetti di razionalità. E ciò al netto, lo si è già evidenziato, di una terza ipotesi, ossia la violazione diretta di norme costituzionali nei casi in cui non si configuri alcun bilanciamento e la legge non risulti in sé e per sé irrazionale.

attraverso sentenze cosiddette additive»²¹⁸. In termini ancor più espliciti, la Corte costituzionale «non può pronunciare alcuna decisione, dalla quale derivi la creazione... di una nuova fattispecie penale», creazione «esclusivamente riservata al legislatore»²¹⁹.

Un indirizzo che – al netto della clamorosa vicenda della sentenza in tema di bestemmia²²⁰ – verrà ribadito nei decenni successivi, portando talvolta a pronunce di inammissibilità²²¹ o, più spesso, di manifesta inammissibilità²²².

Su una diversa dorsale della discrezionalità legislativa relativa alla fattispecie si collocano invece le scelte normative che si traducono in una mancata

²¹⁸ Sentenza n. 42 del 1977, punto 4 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra. Nel caso in questione, l'affermazione della Corte era volta ad argomentare l'inammissibilità dell'estensione ai reati commessi a mezzo radiodiffusione la più grave disciplina prevista per quelli commessi a mezzo stampa.

²¹⁹ Così si esprime la Corte nella già citata sentenza n. 108 del 1981 (5.2 del *Considerato in diritto*) di fronte alla prospettazione di un'estensione ai casi d'interruzione volontaria di gravidanza praticata nei primi novanta giorni del più rigido regime normativo di quella praticata dopo detto termine, che avrebbe portato con sé la creazione di una nuova norma incriminatrice rispetto ai casi in cui l'aborto è invece lecito: argomento che porta linearmente all'inammissibilità della questione.

²²⁰ Il riferimento è alla sentenza n. 440 del 1995, su cui torneremo più ampiamente nel trattare della giurisprudenza a cavallo fra gli anni Novanta e Duemila.

²²¹ Fra le pronunce anteriori all'assestamento avvenuto con la sentenza n. 148 del 1983, si veda ad esempio la decisione n. 71 del 1983, dove si legge che «non è dato sottrarre determinate fattispecie alla regolamentazione comune, aggiungendo nuovi casi di esclusione ad una serie tassativamente fissata dalla legge: tanto più quando si tratti... di creare una nuova figura criminosa». Sulla stessa linea, dopo la sentenza Paladin, è ad esempio il caso delle decisioni n. 226 e n. 314 dello stesso anno oltre che della n. 330 del 1996 (di cui si veda il punto 4.2 del *Considerato in diritto*) tutte in tema di tutela delle acque dall'inquinamento. Un esito analogo si ha con la sentenza n. 411 del 1995, che ha dichiarato inammissibile l'estensione della fattispecie descritta dall'art. 727 cod. pen. («Abbandono di animali») all'ipotesi di uccisione del proprio animale domestico. E ancora, si veda la sentenza n. 49 del 2002, che dichiara inammissibile l'estensione all'utilizzatore di fatture per operazioni inesistenti della fattispecie penale prevista rispetto alla condotta dell'emittente dal d.lgs. n. 74 del 2000 («Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205») dove si rinviene una sovrapposizione dell'argomento della riserva di legge a quello della recente riforma legislativa, in quanto l'ipotetico intervento della Corte avrebbe implicato «un riassetto del sistema penale tributario, secondo una linea di politica criminale autonoma e contrapposta rispetto a quella adottata dal legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, in occasione della recente riforma» (punto 2 del *Considerato in diritto*).

²²² È, fra i tanti, il caso delle ordinanze n. 146 del 1993 e n. 25 del 1995 in tema di caccia, dell'ordinanza n. 132 dello stesso anno sull'illecito di sottoscrizione di più liste di candidati all'elezione del Consiglio regionale in Trentino-Alto Adige, dell'ordinanza n. 288 del 1996 in tema di scarichi industriali di sostanze pericolose nelle acque, delle ordinanze n. 332 e 432 dello stesso anno nonché la n. 90 del 1997 in tema di tutela delle acque dall'inquinamento (pronunce che seguono sull'identica questione l'inammissibilità pronunciata con la già citata sentenza n. 330 del 1996). E ancora, in senso analogo, l'ordinanza n. 580 del 2000 (sull'estensione della punibilità per bancarotta dei soci illimitatamente responsabili di società in amministrazione straordinaria anche in relazione ai fatti aventi a oggetto beni personali, oltre a quelli relativi al patrimonio sociale) così come l'ordinanza n. 66 del 2009 (sull'estensione al trattamento dei dati personali a fini giornalistici di cui all'art. 137, comma 2, d.lgs. n. 196 del 2003 dell'ulteriore requisito del consenso dell'interessato ai fini della sua legittimità).

depenalizzazione²²³, le quali, a differenza di quelle di depenalizzazione²²⁴ e decriminalizzazione, non sono garantite a monte dall'inammissibilità di un giudizio costituzionale su di esse – pur nei limiti delle eccezioni delineate nel tempo dalla Corte costituzionale – ma dai confini rappresentati dalla manifesta irragionevolezza e dall'arbitrio, i quali implicano in ogni caso un sindacato di merito.

Il che avviene, in termini più generali, anche in relazione alle scelte normative che si traducono in norme penali di favore. Scelte normative che dalla sentenza Paladin in poi non sono più sostenute dall'inammissibilità del sindacato costituzionale per difetto di rilevanza²²⁵. Scelte normative che, peraltro, vanno tenute ben distinte – e la Corte costituzionale è stata più volte chiamata a far chiarezza sul punto – da quelle che anziché *sottrarre* certi fatti all'applicazione di una norma più generale sono invece funzionali a *delimitare* l'intervento sanzionatorio implicato dalla fattispecie astratta; norme, queste ultime, rispetto alle quali riemerge il vallo dell'inammissibilità sostanziale eretto dalla riserva di legge²²⁶.

²²³ Si veda su questo versante l'ordinanza n. 144 del 2001, dove si legge che «rientra nella discrezionalità legislativa il potere di configurare le ipotesi criminose, determinando la pena per ciascuna di esse, e di depenalizzare fatti dianzi configurati come reato» e che «uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie del legislatore è possibile solo ove l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità», decisione seguita dalle ulteriori ordinanze n. 110 e 471 del 2002, n. 117 del 2003 e n. 212 del 2004, tutte relative alla mancata integrale depenalizzazione dei reati di guida in stato di ebbrezza e sotto l'influenza di sostanze stupefacenti e tutte concluse con un dispositivo di manifesta infondatezza.

²²⁴ Si veda ad esempio la sentenza n. 37 del 2019 sulla depenalizzazione del reato di ingiuria, con cui, non vertendosi in un'ipotesi di norma penale di favore – e non sussistendo neppure, rispetto al diritto all'onore, obblighi d'incriminazione di matrice costituzionale o europea – la Corte costituzionale dichiara la questione inammissibile (punti 7.2 e 7.3 del *Considerato in diritto*).

²²⁵ Dopo la fondamentale pronuncia n. 148 del 1983, si vedano le sentenze n. 826 del 1988 in tema di emittenti radiotelevisive, n. 124 del 1990 in tema di caccia, n. 167 e n. 194 del 1993 in tema di scarichi, n. 25 del 1994 nonché le ordinanze n. 433 del 1998 e n. 95 del 2004 in tema di indebito percepimento di sovvenzioni e contributi comunitari in materia agricola. Fra queste pronunce, nelle decisioni n. 124 del 1990 e n. 194 del 1993 la Corte costituzionale è peraltro giunta all'accoglimento della questione, nonostante il verso *in malam partem*.

²²⁶ Molto istruttivi, sul punto, alcuni passaggi argomentativi della già citata sentenza n. 161 del 2004 in tema di falso in bilancio. Di fronte alla prospettazione del giudice rimettente di una rimozione delle soglie di punibilità a carattere percentuale di cui all'art. 2621 cod. civ. a fronte della quale si sarebbe ottenuta l'estensione del campo applicativo della fattispecie a fatti in essa non compresi, la Corte costituzionale osserva che un simile argomentare «porta invero a confondere le norme penali di favore con gli elementi di selezione dei fatti meritevoli di pena che il legislatore ritenga di introdurre in sede di descrizione della fattispecie astratta, nell'esercizio di scelte discrezionali "primarie" di politica criminale, di sua esclusiva spettanza». I giudici di Palazzo della Consulta muovono dalla premessa per cui, tanto ove si accolga la tesi per cui le soglie di punibilità di cui all'art. 2621 cod. civ. integrino requisiti di tipicità del fatto assurgendo a elementi costitutivi del reato, quanto ove si abbracci quella per cui rivestano il più modesto ruolo di condizioni di punibilità, in ambo le prospettive «si tratta comunque di un elemento che "delimita" l'area di intervento della sanzione prevista dalla norma incriminatrice, e non già "sottrae" determinati fatti all'ambito di applicazione di altra norma, più generale: un elemento, dunque, che esprime una valutazione legislativa in termini di "meritevolezza" ovvero di "bisogno" di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale. Tale scelta – pur a fronte di una generale tendenza alla valorizzazione dei c.d. "indici di esiguità" del fatto espressi da elementi numerici nella delimitazione delle fattispecie penali – può presentare più o meno ampi margini di opinabilità, avuto riguardo alla

6. Gli anni d'oro della giurisprudenza costituzionale in materia penale: due momenti topici.

Molto potrebbe dirsi della giurisprudenza costituzionale fra gli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta. In generale, gli sviluppi di questo periodo risentono degli assestamenti del ventennio precedente, in cui gradualmente era emersa una nuova sensibilità nell'approccio alla legalità costituzionale nel legislativo e nel giudiziario, oltre che nell'agire della stessa Corte costituzionale. Nel complesso si registra una sempre maggiore valenza dimostrativa ascrivita al paradigma dell'eguaglianza di fronte alla pena, e la valorizzazione di alcuni principi propri del diritto costituzionale delle pene. È un tempo di consolidamento di varie linee giurisprudenziali, accompagnato da alcuni apici interpretativi normativamente dirompenti.

Muovendo dal giudizio di eguaglianza, e in particolare dall'eguaglianza davanti alla pena, i riferimenti alla proporzione – rispetto alla cui affermazione era stata così importante la già richiamata sentenza n. 50 del 1980 – sono ormai un'autentica costante²²⁷. Così, in tema, di questo periodo si ricordano ad esempio alcune pronunce del diritto penale militare, con cui la Corte è intervenuta sulle ipotesi di insubordinazione rimaste in vigore dopo la sentenza n. 26 del 1979²²⁸, sulla disparità sanzionatoria tra alcune fattispecie²²⁹ e sul rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza che porta alla prima, storica manipolativa – in questo caso una sostitutiva – sulla cornice edittale²³⁰. Sebbene significativi rigetti arrivino invece in

natura degli interessi coinvolti ed agli effetti indotti dalla concreta architettura delle soglie di punibilità a carattere percentuale. *Ma resta comunque una scelta sottratta al sindacato di questa Corte, la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore, sovrapporre ad essa – tramite l'intervento ablativo invocato – una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l'area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice*» (punto 7.1 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri).

²²⁷ Si legge nella sentenza n. 409 del 1989 che il principio di proporzionalità, «valido per l'intero diritto pubblico», in campo penale «equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni» (punto 2 del *Considerato in diritto*).

²²⁸ Detto già dell'importante sentenza n. 26 del 1979 (si veda *supra*) tornando a giudicare della legittimità costituzionale delle residue fattispecie di insubordinazione contenute nel codice penale militare di pace con la sentenza n. 103 del 1982, la Corte precisa infatti che, «in tema di sanzioni penali, il principio di eguaglianza, quale specifica applicazione della regola generale sancita nell'art. 3 della Costituzione, esige che la pena sia proporzionata al fatto commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali».

²²⁹ Sentenza n. 49 del 1989 in tema di possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio.

²³⁰ Sentenza n. 409 del 1989. La Corte accoglie la questione alla luce della «notevole diversità» sanzionatoria fra delitti che «ledono, con modalità oggettive analoghe, uno stesso interesse». Come detto, è – a quanto ci consta – il primo dispositivo di tipo sostitutivo di una cornice edittale (l'art. 8, comma 2, legge n. 772 del 1992 era stato dichiarato illegittimo «nella parte in cui determina la pena edittale ivi comminata nella misura minima di due anni anziché di sei mesi e nella misura massima di quattro anni anziché in quella di due anni») che implica appunto la sostituzione della cornice

relazione a questioni su reati contro l'ordine pubblico e la sicurezza collettiva²³¹, qualcosa stava cambiando, e il sintomo più importante riguardava la progressiva intersezione del finalismo rieducativo con le valutazioni intorno alla misura della pena. Si tratta dello sviluppo più importante delle linee giurisprudenziali relative alla proporzione sanzionatoria: «La palese sproporzione del sacrificio della libertà personale che così si realizza», si legge nella sentenza n. 343 del 1993, «produce, infatti, una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione». Su questo fronte arrivano importanti accoglimenti²³², destinati a formare il solido terreno sul quale potrà poi innestarsi la successiva giurisprudenza sulla ragionevolezza delle sanzioni. E in alcune di queste pronunce la valutazione d'incostituzionalità finisce addirittura per prescindere, a differenza degli indirizzi allora consolidati, dalla comparazione con il *tertium comparationis*²³³.

Ancora in merito al finalismo rieducativo va poi ricordato ad esempio che nel 1983

prevista dalla norma oggetto di giudizio con quella del *tertium comparationis*. La giustificazione è interessante, poiché il Giudice delle Leggi sostiene che, così operando, «non fa che vincolatamente attuare, anche per il fatto di cui al ricordato secondo comma dell'art. 8, la valutazione che il legislatore opera in ordine al disvalore dello stesso (od analogo) fatto di cui all'art. 151 c.p.m.p.» (punto 6 del *Considerato in diritto*). Sulla costruzione giurisprudenziale delle 'rime obbligate' – le cui implicazioni sono evidentemente sottese a questo passaggio – ci siamo già diffusi in precedenza. Basti qui limitarsi a evidenziare, in estrema sintesi, che Crisafulli aveva tirato fuori per la seconda volta nella propria vita scientifica l'immagine delle 'rime obbligate' – la prima risaliva al dibattito sulla portata precettiva dei principi generali di diritto ex art. 3 disp. prel. cod. civ. 1865 – con il fine di cercare di porre rimedio al fatto di aver fornito al Giudice delle Leggi lo strumentario teorico rappresentato dalla distinzione fra 'disposizione' e 'norma' su cui questi ha potuto fondare le sue pronunce più invasive sul piano del tessuto legislativo ordinario, ossia le manipolative. In realtà, la Corte ha poi effettivamente introiettato la tesi delle 'rime obbligate' ma, anziché farlo in una prospettiva 'giustificazionista' delle manipolative, l'ha spesso richiamata per dichiarare l'inammissibilità delle questioni prospettate dai giudici comuni, sostenendo come proprio la mancata individuazione di una 'rima obbligata' avrebbe implicato il dovere riserbarne la soluzione al potere discrezionale del legislatore. Casi come quello riportato rappresentano dunque una deviazione rispetto all'uso che la Corte ha invece fatto della teoria in gran parte dei casi in cui è venuta in rilievo, perché nonostante la grande prudenza nel condurre il giudizio i giudizi costituzionali giungono effettivamente a una decisione manipolativa, quantunque il più possibile prossima, appunto, a una logica di 'rima obbligata'.

²³¹ Si vedano le sentenze n. 109, n. 167 e n. 207 del 1982 in tema di armi. Sottolinea G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 127 come questa linea giurisprudenziale debba necessariamente esser letta tenendo conto da un lato del fatto che queste fattispecie incriminano comportamenti con potenziale incidenza su beni come la vita e l'incolumità fisica, affatto diversi dall'«estrinsecazione di libertà fondamentali», e dall'altro del «sostegno che la Corte costituzionale ha dato al legislatore» nel preservare nell'ordinamento norme adottate nel contesto emergenziale di allora.

²³² Pensiamo qui al trittico rappresentato dalle sentenze n. 343 del 1993 sulla 'spirale delle condanne' determinata da alcune ipotesi di rifiuto del servizio militare, n. 168 del 1994 che espunge dall'ordinamento l'ergastolo per i minorenni e n. 341 dello stesso anno in tema di oltraggio a pubblico ufficiale.

²³³ La sentenza n. 168 del 1994 è infatti imperniata su argomentazioni legate alla speciale pregnanza normativa del finalismo rieducativo nel caso dei minorenni, e la n. 341 dello stesso anno rappresenta un esempio di giudizio sulla proporzione sanzionatoria di tipo diadico, in quanto il rilievo dell'incostituzionalità è già pacifico prima di procedere alla comparazione, con una struttura di giudizio antesignana di linee giurisprudenziali che si affermeranno solo negli ultimi anni.

viene pronunciata un'importante sentenza in tema di ergastolo, la quale ribadito – in continuità col precedente del 1974 – che la legittimità di questa pena sta e cade con la possibilità di una potenziale risocializzazione, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 ord. penit. nella parte in cui precludeva la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo la riduzione della pena, si soli fini del computo della quantità di pena così detratta nella quantità scontata, richiesta per l'ammissione alla liberazione condizionale²³⁴.

In questo periodo inizia poi ad affiorare l'idea dell'offensività²³⁵, che pur apparendo per lo più in funzione di guida dei percorsi ermeneutici, comincia ad acquisire uno spazio in precedenza inedito²³⁶. Particolarmente significativa è, su questo fronte, la nota sentenza sull'esposizione di bandiera estera²³⁷.

Non manca neppure in questi anni l'occasione di tornare sulla dorsale del vizio dell'incompetenza, con una sentenza in cui, non senza una certa enfasi, si spiega una volta per tutte perché le regioni non possono legiferare in materia penale²³⁸.

²³⁴ Sentenza n. 274 del 1983.

²³⁵ Un'idea di diritto penale antitetica a quella per cui il reato si traduce nella «mera disubbidienza del precetto» (F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. 4. *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, 1977, 447).

²³⁶ Ben prima del riconoscimento del suo rango costituzionale, la Corte costituzionale ha ritenuto «canone unanimemente accettato» il fatto che il principio di offensività «debba reggere ogni interpretazione di norme penali» (sentenza n. 62 del 1986, punto 5 del *Considerato in diritto*). Il che significa che al tempo l'offensività in quanto canone ermeneutico era già ritenuta in grado di condizionare sul piano del dover essere il passaggio dalla disposizione alla norma penale. Il passaggio a principio in grado di assurgere a parametro di legittimità costituzionale sembrerebbe invece potersi far risalire, a quanto ci risulta, ad alcune sentenze degli anni Novanta (ci riferiamo alle decisioni n. 133 del 1992 e n. 360 del 1995 – in particolare alla seconda, rimanendo la prima ancora troppo vaga – dal momento che invece la n. 333 del 1991 richiama proprio la citata sentenza n. 62 del 1986, dove ancora si parlava del suo rango costituzionale in termini dubitativi).

²³⁷ Sentenza n. 189 del 1987, in cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della fattispecie di esposizione di bandiere estere (artt. 1 e 3 legge n. 1085 del 1929) argomentando intorno ai profili d'irrazionalità della norma, ma soprattutto sull'assoluta mancanza di un bene giuridico tutelato e quindi «della benché minima ratio incriminandi». E premesse le problematiche legate alla mancanza nel fatto tipico «d'ogni significatività ed offensività» e all'irrazionalità della disciplina, la conclusione è che addirittura la norma determinava una discriminazione ingiustificata fra chi riusciva a ottenere l'autorizzazione all'esposizione di bandiere estere chi invece veniva sanzionato per aver commesso lo stesso fatto tipico commesso dalla prima categoria di soggetti, «magari per ignoranza od errore sull'autorizzazione stessa». V'è chi ha visto in un simile pronunciamento «l'elevazione dei valori della persona a principi supremi dell'ordinamento», in quanto la Corte sarebbe andata «bel al di là della garanzia della riserva di legge (assoluta e rinforzata che sia) per la limitazione dei diritti individuali e collettivi», giungendo a «un generale condizionamento, in ragione della supremazia di cotesti valori, dei modi e dell'intensità di esplicazione dell'attività legislativa» (F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 34).

²³⁸ Sentenza n. 487 del 1989, dove il monopolio legislativo statale in materia penale è argomentato nei seguenti termini: la scelta di ricorrere alla tutela penale «va fatta in funzione d'un unico scopo: l'assicurazione delle condizioni “minime” del vivere democratico e cioè delle condizioni di libertà, uguaglianza e rispetto reciproco tra i soggetti. Anche i beni giuridici, anche i valori costituzionalmente significativi, divengono, pertanto, mezzi di volta in volta scelti (o “sacrificati” rispetto ad altri valori) per l'assicurazione, in una data concretezza storica, delle predette condizioni democratiche del vivere civile. Sono queste a costituire il vincolo finalistico della c.d. discrezionalità del legislatore, a garanzia di tutti i cittadini. Vanno, inoltre, particolarmente ricordati, a proposito di

Sul finire degli anni Ottanta compare poi anche un esplicito riferimento alla necessità costituzionale del diritto penale come *ultima ratio*²³⁹.

Sono tutte linee giurisprudenziali di sicuro interesse, ma nessuna di esse porta nella dinamica ordinamentale le implicazioni che deriveranno invece da alcune decisioni talmente rilevanti da cambiare il volto stesso del diritto costituzionale delle pene. È certamente possibile che focalizzare l'attenzione su queste pronunce implichi il mettere in ombra altre tendenze di quegli anni; tuttavia, il loro indubbio, pacifico rilievo nel diritto penale italiano²⁴⁰ ci sembra giustificare da sé la scelta di porle al centro dell'analisi.

6.1. La sentenza n. 364 del 1988 sul principio di colpevolezza.

Nel ripercorrere i primi cinquant'anni di attività della Corte costituzionale, Giuliano Vassalli individuò fra le pronunce «storiche» in materia penale una sola decisione autenticamente «rivoluzionaria»²⁴¹: la sentenza n. 364 del 1988 (relatore ed estensore Dell'Andro) con la quale venne dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 5 cod. pen. nella parte in cui non escludeva l'ipotesi di ignoranza inevitabile dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale.

Si tratta in effetti di un punto di profonda rottura nei percorsi giurisprudenziali in materia, che «finisce per cambiare il diritto penale italiano colmando un divario temporale di almeno un secolo e portandoci nella modernità»²⁴². Per chiarire quanto netto sia stato il cambiamento rispetto al passato occorre fare però qualche passo indietro.

In funzione del perseguimento delle antiliberali intenzioni dei suoi autori e promotori²⁴³, il codice penale del 1930 aveva com'è noto allargato le ipotesi di responsabilità oggettiva²⁴⁴, e la declamata necessità di una riforma del codice, rimandata a dopo l'entrata in vigore della Costituzione, sarebbe rimasta confinata nel campo delle intenzioni: la storia è nota. Com'è stato detto, «il vento della innovazione si è spento rapidamente sull'onda delle vicende politiche interne ed

limiti sostanziali del legislatore nelle scelte criminalizzatrici, i principi di sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà dell'intervento penale, costituenti, quanto meno, direttive di politica criminale. Anche tali principi implicano il possesso d'una visione generale dei beni e valori presenti nell'intera Comunità statale e limitano ulteriormente, nell'atto in cui le fondano, le scelte criminalizzatrici».

²³⁹ Sentenza n. 409 del 1989, su cui ci siamo già soffermati.

²⁴⁰ Rilievo di cui è ad esempio prova la considerazione che ne dà la manualistica.

²⁴¹ G. VASSALLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., XIV.

²⁴² Secondo l'autorevole giudizio di Tullio PADOVANI, *Profilo scientifico*, in G. Losappio e C. Locascio (a cura di), *Atti del seminario "Il profilo scientifico di Renato Dell'Andro nel centenario della nascita"*, 2023, 6, consultabile in <https://www.sistemapenale.it>.

²⁴³ Come ricordavamo *supra* (II.2.2).

²⁴⁴ Nella penalistica, queste ipotesi sono state definite «indegne sul piano della stessa civiltà». Così S. MOCCIA, *Il problema della responsabilità oggettiva tra principio di tipicità e principio di colpevolezza*, in G. Giostra e G. Insolera (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Macerata, 28 e 29 gennaio 1997, Milano, 1998, 40.

internazionali»²⁴⁵.

In mancanza di una riforma, la discussione scientifica e le vicende giurisprudenziali erano dunque destinate a impennarsi sull'interpretazione dell'art. 27, primo comma, Cost. Un'interpretazione che, anche alla luce dei lavori preparatori, si prestava a letture sia restrittive che estensive²⁴⁶: le prime sostenute da studiosi che escludevano potesse trarsi dalla disposizione in parola un significato più ampio del divieto di responsabilità per fatto altrui²⁴⁷; le seconde da chi, all'incirca a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, cominciò ad propugnare una lettura che si sostanziasse nell'affermazione della responsabilità penale «personale» per fatto proprio colpevole, che escludeva dunque nettamente la legittimità di forme di responsabilità oggettiva²⁴⁸. La questione va al cuore della struttura di quest'area del giuridico e, di conseguenza, dell'esercizio della funzione legislativa: la stessa risalente presa di coscienza per cui la responsabilità personale rappresenta «il problema centrale del diritto penale»²⁴⁹ è legata del resto al fatto che la responsabilità si colloca sull'asse della relazione fra precetto e sanzione, da cui si è tratta una consequenzialità che lega la definizione della responsabilità penale alla definizione in termini per così dire 'negativi' della responsabilità non penale.

Dal canto suo, lo si è visto, la Corte costituzionale ha a lungo interpretato l'art. 27 in un senso più vicino alla prima ricostruzione, intendendo la responsabilità penale personale come divieto di responsabilità per fatto altrui²⁵⁰, rendendo così possibili delle sovrapposizioni con una responsabilità *oggettiva* per fatto proprio, pur con varie mitigazioni intervenute nel corso degli anni²⁵¹.

Con la sentenza del 1988, la Corte ha però dato alla disposizione una lettura completamente diversa, legando il principio alla finalità rieducativa delle pene e traendo una necessità costituzionale nella sussistenza quantomeno della colpa e nella conoscibilità dell'illiceità penale del fatto. A testo della Costituzione immutato, dopo ben trentadue anni di giurisprudenza consolidata sul divieto di responsabilità penale per fatto altrui, la Corte trae dalla stessa disposizione «una

²⁴⁵ C.F. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 4.

²⁴⁶ Ivi, 6.

²⁴⁷ Si veda ad esempio P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, 31 ss.

²⁴⁸ Si vedano, fra gli altri, M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 70 ss. e F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 51 ss.

²⁴⁹ M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., 53 s.

²⁵⁰ Risalendo ai primi anni della giurisprudenza costituzionale, con la sentenza n. 3 del 1956 la Corte ha rigettato la questione di legittimità dell'art. 57, n. 1, cod. pen., che allora prevedeva che il direttore responsabile di un periodico rispondesse «per ciò solo» del fatto di reato commesso a mezzo stampa, al netto della responsabilità dell'autore del fatto, in quanto tra l'omissione nella vigilanza e l'evento intercorrevano «un nesso di causalità materiale, al quale si accompagna sempre un certo nesso psichico... sufficiente... a conferire alla responsabilità il connotato della personalità» (punto 5 del *Considerato in diritto*). Si veda pure, fra le altre, la sentenza n. 107 del 1957 sull'art. 539 cod. pen.

²⁵¹ Si veda ad esempio la sentenza n. 42 del 1965, in cui la Corte si è adeguata all'interpretazione dell'art. 116 cod. pen. affermatasi nel diritto vivente, per cui la responsabilità penale per il fatto diverso da quello voluto da uno dei concorrenti deve presentarsi come «uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto», che si traduce dunque nella «necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza».

norma quasi opposta al suo significato precedente»²⁵², traducendo la responsabilità penale nel *nullum crimen sine culpa*²⁵³.

Ai fini della nostra analisi, uno degli elementi più interessanti della pronuncia, al netto del differente approccio ermeneutico all'art. 27, primo comma – sostenuto dagli argomenti storico, letterale e sistematico²⁵⁴ – è rappresentato dal blocco argomentativo che pone il *nullum crimen sine culpa* in stretta e diretta relazione con il complessivo diritto costituzionale delle pene. L'auspicio di leggerne le disposizioni in maniera olistica e non frammentaria per non disperderne il portato garantista formulato anni prima da Franco Bricola²⁵⁵ viene qui accolto a piene mani. Il Giudice delle Leggi parte dal tratto più caratteristico dell'ordinamento costituzionale, la persona umana posta «al vertice della scala dei valori». Persona che deve poter stare nel mondo responsabilmente configurandosi «libere scelte d'azione», il che significa dover rispondere soltanto per azioni controllabili e giammai per comportamenti posti in essere nell'ignoranza inevitabile del precetto. In altri termini, il «principio di colpevolezza», secondo la Corte, «costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto»²⁵⁶.

Un argomento che viene ripreso per saldare ulteriormente il *nullum crimen sine culpa* alla legalità penale, attraverso il richiamo a concezioni contrattualistiche dell'ordinamento. Da un lato lo Stato, che alla luce degli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost. ha in capo il dovere di garantire ai cittadini che non eserciterà il potere di punire in assenza della preventiva informazione su cosa è imposto o vietato²⁵⁷. Dall'altro lato la persona, che ha il correlativo dovere d'informazione, alla quale è richiesta la «mediazione» della sua attività conoscitiva²⁵⁸. Com'è stato scritto, la Corte «reinterpreta il dovere di osservanza delle leggi in funzione del dovere di solidarietà», il quale «è in tal modo integrato

²⁵² M. DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 3, 2018, 1595.

²⁵³ Per dirla ancora con Donini, «un esempio clamoroso» della distinzione fra disposizione norma (ivi, 1604).

²⁵⁴ Si vedano, rispettivamente, i punti 9, 10 e 11 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁵ Il quale rammentava che «una lettura atomistica e frazionata» dell'art. 25 e dell'art. 27 Cost. «ha sempre, infatti, costituito l'asse portante della tendenza a neutralizzare o affievolire la carica innovativa di questo settore della Carta costituzionale» (F. BRICOLA, *Art. 25, commi II e III*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981, 227).

²⁵⁶ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁷ «...un precetto penale ha valore, come regolatore della condotta, non per quello che è ma per quel che appare ai consociati. E la conformità dell'apparenza all'effettivo contenuto della norma penale dev'essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell'effettivo contenuto precettivo delle norme» (punto 17 del *Considerato in diritto*). Un punto dove troviamo anche un altro dei passi più noti della giurisprudenza costituzionale in materia penale: «Il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., rinvia, ad es., alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da esser percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare».

²⁵⁸ Dovere ricondotto a quelli ascrivibili all'art. 2 Cost. (punto 18 del *Considerato in diritto*).

in quello della libertà cosciente ed è restaurata la ragione morale dell'ubbidienza alle leggi»²⁵⁹.

L'effettiva conoscibilità della norma penale viene quindi ricondotta dalla Corte nientemeno che all'«intero sistema costituzionale»²⁶⁰, dal che ne deriva che l'art. 5 cod. pen. viola «lo spirito stesso dell'intera Carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori»²⁶¹. Il che introduce un ulteriore elemento di estremo interesse: la precomprensione garantistica, orientata rispetto al passato da nuovi giudizi di valore sul piano della legalità costituzionale, che si colloca alla base dell'atto interpretativo e del conseguente *iter* decisionale. Impostazione cui la figura di Renato Dell'Andro può aver senza dubbio contribuito.

È infatti vero che la storica sentenza si colloca sul piano temporale a distanza di diversi anni dal 'disgelo costituzionale', in un clima forse meno ostile del passato a letture marcatamente garantistiche della Costituzione; e tuttavia, è verosimile ipotizzare che, in realtà, anche fosse stato chiamato a scriverla dieci anni prima, Dell'Andro l'avrebbe scritta esattamente allo stesso modo.

È possibile che la perentorietà di questa precisazione possa suscitare delle perplessità. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, si tratta di un elemento che all'interno del quadro tratteggiato ha un indubbio rilievo.

Il punto ovviamente non è tanto marcare l'importanza della composizione della Corte sulla sua giurisprudenza, che certo non è oggetto di questo studio. Ma il richiamo ci consente di sottolineare una volta di più quanto i valori costituzionali attraverso i principi che li positivizzano siano in grado di orientare l'ordinamento giuridico nella sua fase dinamica; acquisizioni costituzionali rispetto alle quali l'esercizio della funzione legislativa – e non soltanto – deve conformarsi. Per questo non è senza significato ricordare che il giudice Dell'Andro, cui tanto si deve quanto ad acquisizioni garantistiche nella giurisprudenza costituzionale tra il 1985 e il 1990, era un diretto allievo di Aldo Moro. Si pensi al già citato passo della sentenza in cui si rammenta che nell'assiologia costituzionale la persona umana è posta «al vertice della scala dei valori»: è un modo diverso di esprimere il concetto che una suggestiva immagine di Moro sintetizzava definendo la persona umana «principio e fine dell'esperienza giuridica»²⁶².

²⁵⁹ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., 35.

²⁶⁰ Seppure poi essa richiami in particolare gli artt. 2, 3, 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost. (punto 19 del *Considerato in diritto*).

²⁶¹ Si vedano i punti 19 e ss. del *Considerato in diritto*. Peraltro, qualche tempo dopo la pronuncia sull'art. 5 cod. pen., Ferrando Mantovani aveva ammonito circa il suo possibile seguito, osservando che è vero che da un lato la Corte riporta l'attenzione sulla necessità costituzionale di precisione del precetto (principio di determinatezza) e sulle esigenze di certezza giuridica; ma d'altro canto, la scusabilità dell'ignoranza inevitabile «compensa» il disordine legislativo, rendendo quella dell'inerzia del legislatore una strada assai comoda (F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1990, 397).

²⁶² «Se è vero che sussistono interessi comuni alle varie persone e perciò ultraindividuali, se è vero che le azioni ad essi correlative hanno una giustizia che ne garantisce gli svolgimenti nel senso proprio dell'esperienza giuridica, se è vero di più che *le risorse della eticità della persona singola sono in fondo determinanti anche nella sfera del diritto pubblico*, quest'ultimo non può esaurire l'esperienza giuridica, *perché dal suo stesso seno sorge il richiamo alla persona nella sua singolarità, principio e fine dell'esperienza giuridica*» (A. MORO, *Il diritto. Lo Stato. Lezioni di filosofia del diritto* (Università di Bari, 1944-1947), Roma, 1978, 61, i corsivi sono nostri).

Questa introiezione da parte della Corte costituzionale, interprete privilegiato della Costituzione, di una linea di pensiero che riecheggia alcune suggestioni giusnaturalistiche, non è affatto privo di significato: può anzi dirsi che proprio l'aver maturato una simile sensibilità abbia restituito alla Corte la precomprensione necessaria per rileggere le disposizioni costituzionali in una prospettiva assai più affine a un'assiologia improntata al principio personalista. Nelle pieghe di quelle argomentazioni sembra infatti emergere una visione assai distante da un inquadramento rigidamente organicistico del diritto e del processo penale; per converso, *la precomprensione della Corte sembra assai più prossima a una visione contrattualistica, dove diritto e processo penale sono strutture normative funzionali anzitutto alla maggiore garanzia possibile dei diritti fondamentali, assiologicamente preminente rispetto a ogni altra finalità che i pubblici poteri intendano perseguire.*

La sentenza del 1988 si è così discostata da scelte di valore compiute in precedenza, ponendo le basi per ulteriori sviluppi giurisprudenziali che, pur non avendo forse mantenuto tutte le promesse di quella 'rivoluzione'²⁶³, sono stati orientati da *un certo giudizio di valore* circa la persona di fronte al potere di punire, che ha implicato *una certa interpretazione* della responsabilità penale, la quale ha a sua volta determinato *una certa conformazione della discrezionalità legislativa.*

6.2. La sentenza n. 313 del 1990 sul finalismo rieducativo.

L'idea che l'aspirazione rieducativa accompagni la pena «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» si affermerà definitivamente in una celeberrima sentenza del 1990, la n. 313 (relatore ed estensore Ettore Gallo). Una pronuncia, si è detto, «in parte figlia» di quella del 1988²⁶⁴.

Con questa sentenza, la funzione legislativa in materia penale sarebbe stata conformata e limitata dall'ideale rieducativo, a differenza del passato, in termini assolutamente trasversali: tanto sul piano dell'elaborazione delle pene in *astratto* – che implica un rapporto di proporzione fra la compressione dei diritti fondamentali causata dalla sanzione e la gravità del fatto commesso – quanto su quello della loro esecuzione in *concreto*.

Come si è visto in precedenza, in letteratura e in giurisprudenza la finalità rieducativa delle pene è stata a lungo intesa come principio operante esclusivamente sul piano dell'esecuzione penitenziaria, sebbene poi le varie fasi della relativa giurisprudenza costituzionale siano state scandite sul piano storico da importanti momenti di rottura, dall'entrata in vigore della legge n. 354 del 1975²⁶⁵ agli anni

²⁶³ Seppure, ha osservato Massimo DONINI, «a questa *rivoluzione sulla carta* non ha corrisposto nessuna *rivoluzione nei fatti*. Lentissimo, e ancora incompiuto, è stato il cammino delle idee» (*La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, cit., 1596).

²⁶⁴ G. VASSALLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., XXIII.

²⁶⁵ Si è osservato che fino al 1975 la Corte avrebbe tenuto un «atteggiamento conservatore» rispetto alla finalità rieducativa, «un vero e proprio *agnosticismo*» imputato alla «natura compromissoria» della disposizione, dovuta alla contrapposizione in Costituente fra i sostenitori di un'idea di pena d'ispirazione positivista e quelli che sostenevano un'idea retributivista. Già poco tempo prima

segnati dalle stragi di mafia²⁶⁶.

Nel caso di specie, chiamata a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 444 cod. proc. pen., la Corte estende anzitutto il parametro di giudizio all'art. 27, terzo comma, Cost., fino a quel momento chiamato soltanto implicitamente in causa dai giudici rimettenti²⁶⁷. Ripercorsa la propria giurisprudenza precedente sul finalismo rieducativo, caratterizzata dalla distinta considerazione del «valore del momento umanitario rispetto a quello rieducativo», attraverso cui in passato «dall'imposizione del principio di umanizzazione» si traeva «la conferma del carattere afflittivo e retributivo della pena»²⁶⁸, da cui la conseguente concezione polifunzionale della stessa, il Giudice delle Leggi se ne discosta nettamente.

Se la finalizzazione della pena fosse indirizzata verso la reintegrazione, l'intimidazione e la difesa sociale anziché verso il principio rieducativo, «si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (prevenzione generale) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (difesa sociale), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione. È per questo che, in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena».

La diversa interpretazione della disposizione fa quindi sì che l'asse della necessità costituzionale si sposti: la parola «tendere» di cui all'art. 27, terzo comma acquista così un contenuto assai più pregnante, indicando «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si

dell'entrata in vigore della riforma, comunque, la finalità rieducativa inizia a occupare un posto di primo piano durante l'esecuzione, al punto da rendere possibile in termini di legittimazione «un significativo *scollamento* tra pena *applicata* e pena *eseguita*» (P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 81 ss.). Significativa sul punto è ad esempio la sentenza n. 12 del 1966, dove la lettura congiunta del principio della finalità rieducativa delle pene con il divieto di pene contrarie al senso di umani porta la Corte ad affermare che i Costituenti avrebbero «inteso soltanto segnare dei limiti, mirando essenzialmente ad impedire che l'afflittività superi il punto oltre il quale si pone in contrasto col senso di umanità», e che dunque il finalismo rieducativo, «dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto». O ancora la sentenza n. 22 del 1971, la cui conclusione non è distante da un *non liquet*: «Essendo rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore la determinazione della pena editale (e a quella del giudice la irrogazione in concreto), sfugge al controllo di legittimità l'indagine sulla sua efficacia rieducativa» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

²⁶⁶ Per una ricostruzione di queste fasi giurisprudenziali si veda C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 147 ss.

²⁶⁷ Per giurisprudenza costituzionale consolidata, una questione di legittimità costituzionale deve infatti essere giudicata «avendo riguardo anche ai parametri costituzionali non formalmente evocati, ma desumibili in modo univoco dall'ordinanza di rimessione», nel caso in cui essa vi faccia «chiaro riferimento, sia pure implicito», «mediante il richiamo dei principi da questi enunciati» (si vedano, *ex multis*, le pronunce n. 99 del 1997, n. 69 del 1999, n. 26 del 2003, n. 170 del 2008 e n. 227 del 2010).

²⁶⁸ Le pronunce sono numerose e coprono pressoché l'intero arco di attività della Corte fino a quel momento: si va dalla pronuncia n. 12 del 1966 alla n. 1023 del 1988.

estingue».

La conclusione marca una differenza radicale rispetto alla giurisprudenza precedente: il principio del finalismo rieducativo non opera più soltanto nell'esecuzione penale, dov'era rimasto a lungo confinato, e la sua portata si estende al legislatore e ai giudici comuni, di cognizione, esecuzione e sorveglianza, oltre che alle autorità penitenziarie, assurgendo finalmente a «punto cardine della funzione costituzionale della pena»²⁶⁹.

La portata del cambiamento è incontrovertibile. È senz'altro vero che ad alcune rivoluzioni promesse da queste sentenze – riprendendo il giudizio di Massimo Donini sul seguito della n. 364 del 1988 – non è anche seguita una «rivoluzione nei fatti», ma collocando queste decisioni sul piano storico non è difficile vedere come esse abbiano segnato un'impostazione della Corte decisamente garantista in una fase che di lì a poco avrebbe visto lo strutturarsi di un apparato penale severissimo in risposta all'emergenza degli anni successivi.

Pleonastico sottolineare che le norme tratte attraverso l'interpretazione delle disposizioni di cui al primo e al terzo comma dell'art. 27 Cost. hanno anche solo in potenza una forte incidenza sul potere discrezionale del legislatore. Da un lato, delineano infatti un nesso fra precetto e sanzione penale che richiede *disposizioni aperte a letture in grado di ascrivere all'agente la responsabilità soltanto nel caso in cui sussistenza almeno la colpa* e impone una *più alta precisione del precetto*. Per altro verso, queste interpretazioni pongono le premesse per la progressiva espansione della normatività del finalismo rieducativo, imponendo in termini di

²⁶⁹ Punto 8 del *Considerato in diritto*. L'aspetto in potenza 'rivoluzionario' della pronuncia è stato autorevolmente individuato proprio nel fatto che il finalismo rieducativo ha travalicato i confini dell'esecuzione, così conformando, almeno in termini di *dover essere*, «la stessa scelta legislativa di tipologie sanzionatorie e cornici edittali atte già in astratto a favorire (o a non pregiudicare) l'effetto rieducativo», seppur, d'altro canto, non sia mancato l'invito a mantenere una certa dose di «disincanto» (G. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 138 ss.). L'autore citato ha infatti imputato la mancanza «di ogni possibile "disincanto"» a E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 812, il quale asseriva che con tale sentenza la Corte avrebbe delineato «un programma di politica del diritto penale». Sempre nella penalistica, rispetto a tale pronuncia più critica era stata invece la posizione di L. MONACO e C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 421 ss., i quali parlavano di una «resipiscenza» della Corte nel cambiamento interpretativo della disposizione-principio proprio in una fase storica in cui invece le richieste di inasprimento sanzionatorio diventavano «ossessive» (ivi, 438), sostenendo che in realtà la pronuncia, «dietro un'apparente finalità specialpreventiva» nasconderebbe invece una connotazione generalpreventiva (ivi, 442). Lettura, quest'ultima, per altro verso criticata ancora da Fiandaca in quanto orientata da un approccio ermeneutico «più sofisticato», ma esposto al «rischio... di una indebita "sovrainterpretazione", che antepone l'*intentio lectoris* al senso del testo» (G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 140). Invero, con una parabola giurisprudenziale per certi versi simile a quella del *nullum crimen sine culpa*, anche nel caso del finalismo rieducativo delle pene ci sono sentenze successive alla n. 313 del 1990 caratterizzate da un'impostazione decisamente più prudente: si vedano ad esempio le argomentazioni sviluppate nella sentenza n. 306 del 1993, dove si legge che rientra nella discrezionalità legislativa, entro il perimetro della ragionevolezza, «far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (punto 10 del *Considerato in diritto*). L'ipotesi di preminenza del finalismo rieducativo subisce qui un significativo, se non proprio decisivo smorzamento argomentativo.

dover essere *strutture sanzionatorie funzionali alla rieducazione al di là del diritto penitenziario*²⁷⁰.

7. Alcune linee di tendenza fra metà anni Novanta e primi Duemila.

Sul piano temporale, le due pronunce storiche di cui si è detto coincidevano con lo smaltimento dell'arretrato accumulato a causa della vicenda Lockheed – arretrato che su certe questioni superava addirittura il decennio di pendenza – a seguito del quale era derivata una maggiore immediatezza nell'esercizio della giurisdizione costituzionale. Lo iato temporale fra momento della proposizione della questione di legittimità costituzionale e decisione della Corte si era infatti drasticamente accorciato²⁷¹, e l'importanza delle conseguenze di questa «svolta» in termini di certezza del diritto, di garanzia dei diritti fondamentali e di rapporti fra Stato e regioni era apparsa fin da subito «di una evidenza tale da escludere la necessità di qualsiasi dimostrazione»²⁷². La Corte acquisiva così un rinnovato protagonismo²⁷³. Se questo era il contesto, tornando alla specificità della giurisprudenza in materia penale va ribadito che le rivoluzioni promesse dalla giurisprudenza di fine anni Ottanta non ebbero il seguito che pure poteva esser lecito attendersi²⁷⁴. In questo periodo si registrò senz'altro alcuni assestamenti giurisprudenziali più o meno rilevanti, ma la spinta verso una sempre maggiore impronta garantistica degli anni passati tendeva ormai a esaurirsi.

Comunque sia, vale la pena di osservare come ormai, a differenza della giurisprudenza dei primi anni, le ipotesi di violazione diretta della Costituzione da parte delle disposizioni legislative siano sempre meno, configurandosi per lo più vizi funzionali. Il che si lega probabilmente al fatto che molte delle norme ereditate dall'epoca prerепubblicana che si ponevano in antinomia frontale con i *divieti costituzionali* erano state ormai espunte dall'ordinamento.

Venendo al merito della giurisprudenza di questa fase, gli assestamenti più rilevanti per via delle loro implicazioni generali riguardano la sindacabilità delle norme penali di favore. Attraverso la breccia aperta con la sentenza Paladin nel 2006 arriva infatti il primo storico accoglimento alla luce della riscontrata irragionevolezza della norma²⁷⁵. E cosa ancor più rilevante, la Corte individuerà su questo fronte altre eccezionali aperture. Aperture relative al rispetto degli obblighi

²⁷⁰ Si può poi discutere di quanto la giurisprudenza successiva sia stata effettivamente aderente alle promesse garantistiche poste da queste sentenze, dando seguito a questa conformazione delle strutture normative. Ma è un fatto che l'interpretazione costituzionale progressista di cui queste stesse decisioni sono espressione ha contribuito a porre le premesse per lo sviluppo della giurisprudenza degli ultimi anni (specie sul fronte del finalismo rieducativo) in cui una netta *riduzione* della discrezionalità legislativa si è invece effettivamente registrata.

²⁷¹ Sottolineava il presidente Francesco Saja nel 1988 come in quell'anno la durata massima del giudizio costituzionale si fosse ridotta sei mesi (*La giustizia costituzionale nel 1988 (conferenza stampa del presidente della Corte costituzionale, in Foro it., 1989, 173)*).

²⁷² R. ROMBOLI, *Introduzione al seminario*, in Id. (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991, 9.

²⁷³ Lo sottolinea fra gli altri E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 55 ss.

²⁷⁴ Si veda *supra* (II.6 ss.).

²⁷⁵ Sentenza n. 394 del 2006

posti dal diritto europeo²⁷⁶ o, ancora, alla necessità di individuare un rimedio ai vizi di carenza o eccesso di delega che affliggono il decreto legislativo²⁷⁷ e ai presupposti di legittimità del decreto-legge²⁷⁸.

Nello stesso periodo, la Corte ha modo di occuparsi della questione relativa alla retroattività della *lex mitior*, confermando l'impossibilità di conferire al principio una normatività pari a quella espressa per il divieto di retroattività *in malam partem* nell'art. 25, secondo comma, Cost. e sottolineando che quindi eventuali deroghe al principio «possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa»²⁷⁹.

E a proposito del principio di eguaglianza, un certo clamore hanno destato alcune pronunce in tema di libertà di religione, sul cui terreno il principio dell'eguale libertà delle confessioni davanti alla legge diventa più pregnante che in passato. Pensiamo in particolare alla nota pronuncia in tema di bestemmia, nella quale l'accoglimento della questione determina peraltro un sostanziale effetto *in malam*

²⁷⁶ Sentenza n. 28 del 2010.

²⁷⁷ Sentenza n. 5 del 2014.

²⁷⁸ Sentenza n. 32 del 2014.

²⁷⁹ Sentenza n. 393 del 2006, punto 5 del *Considerato in diritto*. In tema si vedano pure le sentenze n. 72 del 2008 e n. 236 del 2011.

*partem*²⁸⁰. E ancora, alla sentenza successiva in tema di vilipendio²⁸¹.

²⁸⁰ Sentenza n. 440 del 1995. Dopo l'abbandono, sul finire degli anni Ottanta, del criterio quantitativo del numero dei seguaci come indice discrezionale in grado di legittimare un trattamento legislativo differenziato fra religione cattolica e altre confessioni (risalente alla sentenza n. 39 del 1965) divenuto «ormai inaccettabile» (sentenza n. 925 del 1988) era solo questione di tempo prima che arrivassero le prime declaratorie di illegittimità costituzionale sulle discriminazioni legate ai reati in materia di religione. Era infatti ormai maturata la convinzione che un'opzione penale non contrastante con i principi costituzionali deve tutelare «in modo non discriminatorio un bene», il sentimento religioso, «che è comune a tutte le religioni che caratterizzano oggi la nostra comunità nazionale, nella quale hanno da convivere fedi, culture e tradizioni diverse» (ancora, in questi termini, la sentenza n. 440 del 1995, punto 3.4 del *Considerato in diritto*). Argomentazione che nel 1995 accompagna la declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 724, primo comma, cod. pen. («Bestemmia») nel suo riferirsi a «i Simboli o le Persone venerate dalla religione dello Stato» per via della violazione del principio di eguaglianza (artt. 3 e 8 Cost.). In un passaggio finale della motivazione, la Corte tenta di escludere la portata additiva della pronuncia e l'ipotetica violazione della riserva di legge penale per come da essa interpretata fino a quel momento in questi termini: premesso che la norma impugnata sarebbe stata passibile di esser scissa in due parti, la prima funzionale a tutelare il sentimento religioso (parte sottratta al giudizio costituzionale) e la seconda corrispondente al riferimento alla sola religione cattolica (parte passibile invece di annullamento per violazione del principio di eguaglianza) conclude che fra «l'annullamento della norma incostituzionale per difetto di generalità» da un lato «l'estensione della stessa alle fedi religiose escluse», ad essa «è data soltanto la prima, a causa del predetto divieto di decisioni additive in materia penale» (*ibidem*). Il paradosso è che, tuttavia, anche l'ablazione conduce in questo caso a un effetto sostanzialmente contrastante con l'irreggimentazione del giudizio costituzionale fatta derivare dall'interpretazione della riserva di legge in materia penale fino a quel momento consolidatasi: di fatti, si passa da una fattispecie di reato circoscritta alla sola religione cattolica a una fattispecie in grado di abbracciare la bestemmia nei confronti di ogni altra confessione. Il contrasto con gli apprendimenti giurisprudenziali maturati fino a quel momento è palese. E ciò, si badi, senza che si potesse neppure addurre l'argomento dell'ipotetica, manifesta irragionevolezza della norma penale di favore – come, ad esempio, nella vicenda relativa alla sentenza n. 394 del 2006 – circostanza che, trattandosi dell'opposta ipotesi di una tutela penale che si riteneva invece illegittimamente posta a garanzia di una sola categoria di soggetti, in questo caso non poteva evidentemente configurarsi. Commentando il dispositivo di questa curiosa sentenza, è stato detto che la Corte avrebbe operato un'«originale forma di sincretismo: un Pantheon penalmente protetto, perdurato fino alla depenalizzazione del 1999», sebbene poi la pronuncia abbia avuto anche il merito di dare il via a «un'opera di deciso smantellamento di ogni discriminazione di trattamento penale in materia di religione» (F. SGUBBI, *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (articoli 8 e 19 Cost.), in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 205). Certo è che il suo rappresentare «un netto spartiacque» nella giurisprudenza sulla libertà religiosa (*ibidem*) non poteva neutralizzare del tutto i problemi generati in materia penale da una pronuncia di questo tipo. Tant'è che, ad esempio, quanto alle peculiari ricadute pratiche della decisione, al tempo si era anche posta la questione relativa ai conseguenziali compiti del giudice comune, chiamato ad applicare la normativa risultante dell'art. 724 cod. pen.: «sarà costui costretto a servirsi», si era chiesto fra gli altri Francesco Rimoli, «della consulenza tecnica di un teologo per valutare l'illiceità del comportamento degli avventori in un'osteria?» (F. RIMOLI, *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1997, 3346). Ulteriori, interessanti osservazioni in margine a questa pronuncia sono state sviluppate anche da F. RAMACCI, *La bestemmia contro la Divinità: una contravvenzione delittuosa?*, in *Giur. cost.*, 1995, 3484 ss. e M. D'AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la «Divinità»*, *ivi*, 3487 ss.

²⁸¹ Sentenza n. 508 del 2000. Qui è curioso osservare come la Corte costituzionale sia invece giunta alla declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 402 cod. pen. («Vilipendio della religione dello Stato») nella sua interezza, optando per un approccio decisamente più prudente, peraltro ribadendo come in materia penale, alla luce della «particolare» riserva di legge che la connota e alla

Eguaglianza che ha visto un'ulteriore, importante manifestazione come principio conformante la discrezionalità anche in alcune pronunce in tema di diritto delle migrazioni. Si registra ad esempio l'annullamento della misura di sicurezza dell'automatismo espulsivo legato alla condanna dello straniero per alcuni reati in materia di stupefacenti²⁸², la dichiarazione d'illegittimità della preclusione dell'accesso alle misure alternative alla detenzione in caso di ingresso illegale nel territorio dello Stato o di mancanza del permesso di soggiorno²⁸³ e, ancora, quella dell'aggravante di clandestinità²⁸⁴.

Altre pronunce d'interesse su questa dorsale riguardano poi la dosimetria sanzionatoria, nelle quali la Corte si ritrova però a fare i conti con le naturali conseguenze implicate dal precludersi varie ipotesi d'intervento *alla luce delle autolimitazioni che la stessa si era imposta nei decenni precedenti*: la difficoltà d'individuare «precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate», i quali soli potrebbero giustificare «un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dal legislatore»²⁸⁵. Difficoltà che emerge ovviamente in tutti quei casi – che rappresentano in fondo la maggioranza – in cui non sia possibile ovviare alla questione ad esempio espungendo il minimo edittole con la conseguente espansione applicativa di quello fissato dal codice penale²⁸⁶. Risulta poco chiaro, in pronunce del genere, quanto sia determinante l'autolimitazione nell'individuazione degli indici ricostruttivi alla luce della costruzione giurisprudenziale delle rime obbligate, e quanto lo sia invece la peculiare lettura della riserva di legge penale: passaggi come quello richiamato suggerirebbero di propendere per la prima ipotesi, ma non è affatto da escludere che nell'autocomprensione della Corte costituzionale di quegli anni la riserva di legge quale presupposto costituzionale di un'ampia discrezionalità legislativa non irrigidisse ulteriormente un limite alla manipolazione che – pur opinabile quanto si

quale «conseguie l'esclusione delle sentenze d'incostituzionalità aventi valenze additive», essa non possa operare «il ripristino dell'uguaglianza violata» attraverso l'estensione della portata applicativa della norma ricomprendendone i casi discriminati, ma «*solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione*» (punto 4 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra). La differenza fra l'annullamento parziale della sentenza del 1995 e quello totale di quella del 2000 è indicativa della necessità per la Corte costituzionale di intervenire sulle fattispecie incriminatrici con estrema cautela, stanti gli effetti problematici che possono derivare da una decisione in luogo di un'altra. Un caso, fra i tanti in tema di tutela dei diritti fondamentali e non soltanto, in cui un approccio consequenzialista si fa ad avviso di chi scrive assolutamente necessario. Il nocciolo della questione non è tanto la preferibilità rispetto ai dispositivi manipolativi o agli accoglimenti parziali di un annullamento dell'intera disposizione, che di per sé rischia di portare con sé ulteriori implicazioni problematiche – lo vedremo anche e soprattutto trattando della vicenda Antoniani-Cappato, decisa con la sentenza n. 242 del 2019 – ma la necessità, evidenziata anche e soprattutto dalle linee giurisprudenziali in materia penale, che l'attenzione della Corte sia rivolta anche alle conseguenze che secondo un'attenta, ragionevole prognosi una soluzione in luogo di un'altra può determinare nell'ordine costituzionale. E ciò al netto di un altissimo tasso di imprevedibilità della reazione dell'ordine giuridico nel suo complesso a una sentenza di corte costituzionale; un'imprevedibilità la cui esistenza è forse, in fondo, né più né meno che fisiologica.

²⁸² Sentenza n. 95 del 1995.

²⁸³ Sentenza n. 78 del 2007.

²⁸⁴ Sentenza n. 249 del 2010.

²⁸⁵ Sentenza n. 22 del 2007, punto 7.4 del *Considerato in diritto*.

²⁸⁶ Com'era avvenuto nella sentenza n. 341 del 1994 in tema di oltraggio.

vuole – valeva anche per altre aree del tessuto legislativo.

Sempre in questo periodo si ribadisce, attraverso la sua esplicitazione, uno spazio di discrezionalità legislativa al di sopra del limite minimo del *nullum crimen sine culpa* tratteggiato nel 1988 – il quale è evidentemente un limite negativo²⁸⁷.

Più rilevante pare comunque una serie di pronunce in tema di offensività, che fanno seguito alla sua *costituzionalizzazione* durante i primi anni Novanta²⁸⁸. La Corte ha infatti sottolineato che l'ampia discrezionalità legislativa relativa alla configurazione delle fattispecie «si estende anche alla scelta delle modalità di protezione penale dei singoli beni o interessi», ricomprendendo dunque «l'opzione per forme di tutela avanzata, che colpiscano l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo; nonché, correlativamente, l'individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva»²⁸⁹. Da questa premessa deriva quindi l'assenza di un'aprioristica preclusione costituzionale nei confronti del ricorso al modello del reato di pericolo presunto²⁹⁰, che è legittimo nella misura in cui non viola il principio di offensività in astratto, e cioè finché «la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'id quod plerumque accidit»²⁹¹. Sottolineare quanto ampio sia lo spazio per valutazioni discrezionali su questo fronte sarebbe a questo punto pleonastico. Rimangono invece più pregnanti i limiti posti dal paradigma dell'offensività alla discrezionalità legislativa nella costruzione di fattispecie delineate sui 'tipi d'autore'²⁹².

²⁸⁷ «...il legislatore ben può – nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza – “graduare” il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati: pretendendo dall'agente un particolare “impegno” nell'evitare la lesione dei valori esposti a rischio da determinate attività» (sentenza n. 322 del 2007, punto 2.3 del *Considerato in diritto*).

²⁸⁸ Si veda *supra* (II.7).

²⁸⁹ Sentenza n. 225 del 2008, punto 3 del *Considerato in diritto*. Del resto, già diversi decenni prima i giudici di Palazzo della Consulta avevano osservato che la decisione su «se e come una condotta debba essere sanzionata in relazione al danno o al pericolo che da essa deriva ad interessi determinati, valutati per la loro rilevanza, rientra nelle scelte discrezionali del legislatore e il rapporto tra precetto e sanzione, penale o meno, implica un giudizio di valore riservato esclusivamente al legislatore stesso, e sindacabile da questa Corte nell'esclusiva ipotesi di palese irrazionalità» (sentenza n. 126 del 1983).

²⁹⁰ Si vedano ad esempio le sentenze n. 360 del 1995 e n. 247 del 1997.

²⁹¹ Sentenza n. 225 del 2008, punto 3 del *Considerato in diritto*. In questo senso anche le sentenze n. 109 del 2016 in tema di coltivazione di piante di cannabis a uso personale, n. 141 e n. 278 del 2019 in tema di tolleranza abituale e favoreggiamento della prostituzione, n. 211 del 2022 in tema di guida senza patente della persona già sottoposta a misura di prevenzione personale, n. 139 del 2023 in tema di porto d'armi.

²⁹² Perentoria, la Corte costituzionale, nel sostenere che il modello del reato d'autore si pone «in aperta violazione del principio di offensività del reato» che, «desumibile dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, nel suo legame sistematico con l'insieme dei valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità dei soggetti non costituiscono illecito penale» (sentenza punto 3 del *Considerato in diritto*). Sul punto vale la pena di ricordare il caso dell'illegittimità costituzionale dell'aggravante cosiddetta 'di clandestinità' prevista dall'art. 61, n. 11, cod. pen. (ovverosia un'aggravante applicabile in relazione ai fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale») dichiarata con la sentenza n. 249 del 2010: «In definitiva», aveva osservato la Corte, «la qualità di immigrato “irregolare” – che si acquista con

Di questi anni sono poi di un certo interesse alcuni accoglimenti che hanno riguardato depenalizzazioni non estese a fattispecie omogenee²⁹³, nonché alcune pronunce successive alla riforma costituzionale del 2001 sul riparto di competenze fra Stato e regioni in cui si è letto l’inserimento della materia «ordinamento penale» fra quelle oggetto di competenza esclusiva statale (art. 117, secondo comma, lett. l, Cost.) come «una esplicita conferma» della giurisprudenza costituzionale sedimentatasi sul punto²⁹⁴.

8. Una discrezionalità legislativa privilegiata?

Non troppi anni fa, nel volgere lo sguardo sulla storia della giurisprudenza costituzionale in materia penale Giuliano Vassalli ebbe a dire che in relazione al diritto penale sostanziale «la Corte fu animata sin dall’inizio, salvo che per disposizioni palesemente incostituzionali, da un senso di rispetto, ed in ogni caso

l’ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un “tipo di autore” assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l’art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest’ultimo, che senz’altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato» (punto 9 del *Considerato in diritto*). Apprendimento giurisprudenziale ribadito anche più di recente con la sentenza n. 211 del 2022 in tema di incriminazione della guida senza patente della persona già sottoposta a misura di prevenzione personale («Non è quindi compatibile con il principio di offensività l’incriminazione di un mero status, anziché di una condotta, pur potendo rilevare, nei reati propri, la condizione soggettiva dell’autore», punto 7.2 del *Considerato in diritto*) nella quale la Corte concluderà però per la non fondatezza della questione. Non fondatezza motivata in questo caso alla luce del rilievo per cui la norma «è finalizzata a tutelare l’ordine pubblico, potenzialmente posto in pericolo nelle ipotesi in cui sia violata la disposizione di cui all’art. 120 cod. strada, cui è ricollegata la necessità di porre limitazioni agli spostamenti, di impedire o ostacolare la perpetrazione di attività illecite e di rendere meno agevole il sottrarsi ai controlli dell’autorità nei confronti di soggetti pericolosi. Sicché, rispetto alla fattispecie in esame, l’essere sottoposto, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale – cui l’art. 120 cod. strada ricollega l’impossibilità di porsi legittimamente alla guida – non si pone come “evenienza del tutto estranea al fatto-reato” previsto dall’art. 73 cod. antimafia (sentenza n. 354 del 2002) e pertanto non è configurabile come “responsabilità penale d’autore”» (punto 7.6 del *Considerato in diritto*). Com’è agevole constatare, l’offensività pone in questo caso un limite più intenso all’esercizio del potere normativo penale – anche alla luce del suo legarsi strettamente in queste ipotesi al principio d’eguaglianza – sebbene in fondo appaia difficile negare il rimanere in piedi di una discrezionalità comunque non insignificante anche rispetto alle opzioni legislative che diano peso a determinate caratteristiche soggettive, come del resto l’ultimo caso richiamato sembrerebbe provare.

²⁹³ Pensiamo qui alle sentenze n. 52 del 1996 e n. 287 del 2001 su norme relative alla propaganda elettorale. Chiaramente, la sostituzione delle cornici edittali operata nei dispositivi, che passano da sanzioni penali a sanzioni amministrative, è qui giustificata – nella prospettiva di autolimitazione abbracciata dalla Corte – dall’essere l’effetto prossimo a una sorta di automatismo interpretativo. Si tratta dell’altra faccia della medaglia della costruzione giurisprudenziale delle rime obbligate.

²⁹⁴ Sentenza n. 185 del 2004.

di prudente accettazione»²⁹⁵. Apprendimento assai diffuso, almeno fino a quel momento. Al punto che, fra i costituzionalisti, un acuto osservatore della giurisprudenza dei giudici di Palazzo della Consulta si sarebbe spinto a osservare che questa sembrava avvalorare «l'ipotesi favorevole a riconoscere come *quodammodo* “privilegiata” la discrezionalità del legislatore penale»²⁹⁶.

Certo, non si può negare che ci siano state delle evoluzioni nel sindacato sulle norme penali: lo si è visto attraversando le varie fasi storiche dell'attività della Corte in materia. E tuttavia, basta l'evoluzione – spesso in senso garantista – della giurisprudenza costituzionale a smentire simili giudizi? La risposta ha molto a che fare con il punto da cui siamo partiti, ovverosia la questione dei limiti e dunque dei vizi delle disposizioni legislative e il modo della Corte costituzionale di rilevarli, rendendo di conseguenza giustizia.

Da queste premesse, la questione può essere letta in due modi diversi. Si può muovere dal punto di vista delle *possibilità d'intervento della Corte di fronte a un'illegittimità accertata*. Oppure si può abbracciare quello dell'*individuazione della latitudine della discrezionalità legislativa*, ovverosia dell'ampiezza dei limiti che in termini di stretto dover essere l'ordine costituzionale oppone al potere di normazione penale. Sono due profili senz'altro avvinti l'uno all'altro nella dinamica della giurisprudenza costituzionale, ma logicamente distinti.

L'individuazione della latitudine della discrezionalità del legislatore è infatti mutata più volte in relazione a tutta una serie di ipotesi, fossero esse ascrivibili alla costruzione della fattispecie, alla scelta delle sanzioni o alla disciplina di istituti della punibilità di vario genere. Un punto che ci sembra ampiamente comprovato dall'analisi diacronica di questa giurisprudenza. Nello scorrere del tempo, ai decenni che si susseguivano si sono accompagnate interpretazioni costituzionali tutt'altro che immutabili. Interpretazioni che non soltanto hanno ridefinito le *norme-parametro* ascritte a certe *disposizioni costituzionali* – talvolta trasformandole radicalmente come nel caso della sentenza sull'art. 5 cod. pen. – ma hanno a loro volta spostato l'asse della necessità costituzionale alla luce della quale sindacare la legittimità delle *norme-oggetto* tratte dalle *disposizioni legislative*: la ridefinizione della discrezionalità è in queste ipotesi innegabile. Da questo punto di vista, ragionare di discrezionalità «privilegiata» o «non-privilegiata» implicherebbe necessariamente un giudizio, una presa di posizione sulle interpretazioni poste in essere.

Nell'altra prospettiva, il discorso è molto diverso, pur non rimanendo del tutto slegato da quanto detto rispetto alla prima: anche l'argomentare intorno alle possibilità d'intervento della Corte costituzionale implica interpretazioni della Costituzione e delle altre fonti che regolano il suo agire. Solo che in questo caso l'accento non è posto sul dover essere nell'esercizio delle funzioni dell'organo-Parlamento, ma sul dover essere proprio dell'organo-Corte. Quando si riflette sul senso di auto-limitazioni come le rime obbligate o l'inammissibilità sostanziale legata alla riserva di legge penale, si pone decisamente l'attenzione sull'organo che

²⁹⁵ G. VASSALLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., IX.

²⁹⁶ A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., XIII.

sindaca l'esercizio del potere discrezionale di cui si discute. E in questo senso, se pure è vero che i limiti che la Corte costituzionale incontra – o si impone – hanno necessariamente un riflesso sulla vigenza delle disposizioni legislative nell'ordinamento, va però tenuto presente che un conto è rigettare una questione perché infondata, altro è invece dichiararla inammissibile perché, nonostante l'accertamento di un'incostituzionalità, non si ritenga di avere i mezzi per espungere la norma dall'ordinamento. E il fatto che non si ritenga di averne i mezzi perché le conseguenze potrebbero tradursi in diverse incrinature nella legalità costituzionale – si pensi all'ipotesi della formazione di «insostenibili vuoti di tutela»²⁹⁷ – non cambia i termini della questione.

Analizzando le due prospettive congiuntamente, il quadro che ne emerge è in fin dei conti abbastanza chiaro, al netto di fisiologiche sfumature e margini di opinabilità.

Il legislatore conserva infatti un'amplissima discrezionalità nella costruzione delle fattispecie. Si tratta di una discrezionalità che incontra certamente limiti più pregnanti quando sfocia nel diritto penale d'autore²⁹⁸, portatore di discriminazioni e strumentalizzazioni della persona sull'altare del potere punitivo che ripugnano a una sensibilità giuridica liberale e democratica, e in evidente antitesi con la prospettiva assiologica abbracciata dalla Costituzione del 1947. Ma al di là di questo e di altri limiti, lo spazio oltre il quale l'esercizio della funzione legislativa è illegittimo risulta innegabilmente ampio, così com'è ampio nell'individuazione delle sanzioni, seppure in forme e limiti diversi, anche in termini di struttura del sindacato costituzionale. Un discorso simile potrebbe esser fatto, infine, intorno alle scelte legislative su altri istituti della punibilità.

Se a questa istantanea si accosta il suo negativo, ovverosia quello relativo alle possibilità d'intervento della Corte costituzionale – con le preclusioni autoindotte alla luce delle rime obbligate o della lettura «forte» della riserva di legge²⁹⁹ – il risultato non sembra effettivamente comparabile a quanto avviene rispetto ad altre aree della legislazione. In questo senso, la discrezionalità legislativa in materia penale è stata senz'altro e per lungo tempo una discrezionalità «privilegiata». Privilegiata nonostante che l'incidenza delle norme penali sui diritti fondamentali risulti ineguagliata, anche quando la legge è perfettamente legittima: la spada a doppio taglio (*zweischneidiges Schwert*) di Franz von Liszt³⁰⁰ ne è solo la più celebre rappresentazione.

E tuttavia, recenti sviluppi sembrano restituire sintomi non riconducibili a una fisiologica ridefinizione di questa discrezionalità – come del resto molte volte in passato è avvenuto – ma piuttosto a una sua netta riduzione. Come si vedrà, se ciò non è accaduto allo stesso modo rispetto ad ogni declinazione del potere di

²⁹⁷ Per usare un'espressione non di rado ricorrente nella giurisprudenza costituzionale.

²⁹⁸ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 694 ss.

²⁹⁹ Come la definisce M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in R. Bin et al. (a cura di), *Ai confini del "favor rei"*, cit., 12.

³⁰⁰ «Die Strafe ist... ein zweischneidiges Schwert: Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung» («La pena è... un'arma a doppio taglio: protezione di beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici»). F. VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg, 1882, 22 (la traduzione del passo è dell'autore).

normazione penale³⁰¹, questo non significa affatto che le implicazioni sulla complessiva dinamica costituzionale siano risibili. Si tratta di conseguenze che sollevano anzi altri, pressanti interrogativi. Anzitutto, se di ‘epoca del rispetto della discrezionalità legislativa’ possa ancora parlarsi.

³⁰¹ Ci riferiamo ancora alle tre espressioni della funzione legislativa penale traducibili in fattispecie, pene ed istituti della punibilità da cui abbiamo preso le mosse nell’esaminare il nesso fra riserva di legge penale e discrezionalità legislativa.

III.

I SINTOMI DI UNA RIDEFINIZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA. UN'ANALISI DEI TOPOI ARGOMENTATIVI.

Sommario: 1. Una fase nuova. – 2. Dalle rime obbligate alle rime possibili. – 3. Il giudizio sulla ragionevolezza delle pene. – 3.1. Il leading case: la sentenza n. 236 del 2016 in tema di alterazione di stato. – 3.2. La sentenza n. 222 del 2018 in tema di bancarotta e le pene fisse. – 3.3. La sentenza n. 40 del 2019 in tema di stupefacenti e la questione del minimo edittale. – 3.4. Ancora sui minimi. La sentenza n. 244 del 2022 e la necessità di una «valvola di sicurezza» per i fatti di lieve entità. – 3.5. La sentenza n. 28 del 2022 e la ragionevolezza delle pene pecuniarie. – 4. La progressiva espansione normativa del finalismo rieducativo. – 5. Gli automatismi legislativi in materia penale. – 5.1. Recidiva. – 5.2. Reati ostativi. – 6. Forme e limiti dell'estensione delle garanzie penalistiche al diritto amministrativo punitivo. – 7. La giurisprudenza costituzionale sul divieto di bis in idem. – 8. Le norme che incidono sulla natura della pena e il divieto di retroattività. – 9. Il caso Cappato-Antoniani. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinanza n. 207 del 2018 e nella sentenza n. 242 del 2019. – 10. Prime conclusioni.

1. Una fase nuova.

Il contesto in cui la Corte costituzionale si trovava ad agire al momento della svolta dell'ultimo decennio era un contesto decisamente peculiare.

Dagli anni d'oro della giurisprudenza più garantista in materia penale era ormai passato molto tempo, e non c'erano grandi indicazioni circa un recupero di quella stagione. Per lo meno, non se questo recupero viene inteso come un proseguimento della giurisprudenza ispirata, fra gli altri, da giudici come Renato Dell'Andro: il che spiega pure la necessità di contestualizzare adeguatamente quella fase, ove pure l'accostamento si voglia proporre.

A questo punto però, dicevamo, prendere in considerazione il contesto da cui questo nuovo corso prende le mosse aiuta anche a capire il perché gli itinerari giurisprudenziali abbiano preso determinate direzioni.

Da un lato, la Corte si trova in questo periodo sospesa in una condizione di isolamento nel *judge-made system*: in parte a causa dei circuiti diretti fra giudici comuni e Corte di giustizia dell'Unione europea, in parte a causa della grave tendenza di alcuni giudici comuni a disapplicare norme legislative in contrasto con la CEDU¹ e in parte a causa di responsabilità sue proprie, fra cui una problematica

¹ Pur nel frattempo assurda dopo le sentenze «gemelle» del 2007 al rango di norma interposta nel giudizio costituzionale (M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.). Un passaggio giurisprudenziale col quale la Corte costituzionale si è 'riappropriata' del sindacato costituzionale alla luce della CEDU (B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, 156).

impostazione dell'onere d'interpretazione conforme affermatasi a partire da metà anni Novanta² che porterà la magistratura a tendere verso una sorta di interpretazione conforme a ogni costo con conseguente mancata rimessione delle questioni di legittimità costituzionale alla Corte.

D'altro canto, da anni sul piano politico andavano affermandosi forme più o meno aggressive di populismo penale. Un fenomeno non solo antitetico rispetto ai valori e alle direttive di politica criminale scolpite nella Carta fondamentale del 1947, ma ad un livello più profondo addirittura pericoloso per la stessa tenuta complessiva della legalità costituzionale a partire dalla garanzia dei diritti fondamentali. Un numero notoriamente altissimo di ricerche attorno al fenomeno restituisce del resto l'idea della sua portata.

Ora, nel procedere all'analisi dei sintomi di una riduzione della discrezionalità entreremo maggiormente nel merito di queste problematiche nella loro dimensione dinamica, per cui torneremo a riflettere più compiutamente su di esse a tempo debito. Riteniamo dunque sufficiente, per il momento, aver semplicemente posto le questioni con cui prima della svolta la Corte era chiamata a misurarsi.

Ciò detto, possiamo però anticipare che proprio questi dati di contesto saranno oggetto di decise prese di posizione nella giurisprudenza costituzionale, talvolta esplicitamente, talvolta per vie più indirette. Ad esempio, la Corte reagirà all'isolamento determinato dal circuito di dialogo diretto fra Corte di giustizia e giudici comuni attraverso la giurisprudenza della doppia pregiudiziale costituzionale ed europea. Ma non meno importante appare ad esempio la sempre più matura introiezione della CEDU – fino ad arrivare, come vedremo, a individuare le stesse norme-parametro 'interne' alla luce di essa in termini che in passato sarebbero stati impensabili – o la stessa correzione dell'impostazione dell'onere d'interpretazione conforme. Ma se questi elementi che riguardano la giurisprudenza costituzionale su un piano più generale sono sintomatici del tentativo di riportarsi al centro della dinamica ordinamentale, dati più specifici, individuabili nelle linee giurisprudenziali in materia penale, sembrerebbero restituire anche l'immagine del tentativo di assurgere a *giudice dei diritti*, pur nascendo come *giudice delle leggi*. Per il valore che la legge assume in termini di garanzia³, a maggior ragione in materia penale, questo tentativo squaderna tutta una

² Si legge nella sentenza n. 356 del 1996 (rel. Zagrebelsky) che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)». Pronuncia che la Corte costituzionale ha non a caso *corretto* proprio negli ultimi anni con la sentenza sui corsi universitari impartiti in lingua inglese (sentenza n. 42 del 2017, rel. Modugno) in cui si precisa che «ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile».

³ Sottolineano N. ZANON e F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, 2002, 5, che la legge continua a conservare la «qualità irrinunciabile» di prodotto del procedimento pubblico, trasparente e democratico svolto in seno al Parlamento. In termini analoghi, tra i penalisti, già Franco Bricola: muovendo dalla premessa per cui i principi di determinatezza e tassatività sarebbero riconducibili a esigenze di certezza giuridica, l'autore riteneva «che l'importanza e il fondamento della riserva di legge in campo penale vadano identificati nel significato di massima garanzia che

serie di questioni di grande momento nel quadro della dinamica della Costituzione repubblicana.

Una riflessione di qualche anno fa di Gaetano Silvestri, pur rivolta a un singolo caso, dice molto di vecchi paradigmi da cui, specie in materia penale, la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni sembra decisamente intenzionata a staccarsi. Era il 2013, e dopo che la gravissima situazione del sovraffollamento carcerario nel Paese aveva portato la Corte EDU a pronunciare la sentenza *Torreggiani*, condannando l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti») la Corte costituzionale era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 147 cod. pen. nella parte in cui non prevedeva l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena «quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità». Com'è noto, la Corte riconobbe la fondatezza delle questioni, dichiarandole però inammissibili.

Riconosciute, dunque, l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato dai rimettenti e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo a garantire la fuoriuscita dal circuito carcerario del detenuto che sia costretto a vivere in condizioni contrarie al senso di umanità, le questioni sollevate dai tribunali di sorveglianza di Venezia e di Milano risultano, tuttavia, inammissibili per la pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate; pluralità che fa escludere l'asserito carattere «a rime obbligate» dell'intervento additivo sull'art. 147 cod. pen.

La motivazione si chiude con il monito per cui «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia»⁴.

Silvestri, che al tempo della decisione era il presidente della Corte, avrebbe poi commentato: «Quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*»⁵.

È un episodio emblematico di una tendenza non rara nella giurisprudenza costituzionale. Da questo punto di vista, sembra quasi che la Corte, imprimendo una svolta nella sua giurisprudenza in materia penale, abbia come voluto mettere un punto al verificarsi di situazioni tanto tragiche, in cui l'organo ha tenuto ferme le proprie autolimitazioni anche a costo di mantenere la vigenza di norme fortemente lesive dei diritti fondamentali.

Le nuove linee giurisprudenziali della Corte verranno esplicitamente giustificate da due dei suoi recenti presidenti alla luce di una «nuova sensibilità» in tema di diritti

essa rappresenta per il cittadino; garanzia necessaria data l'incidenza della sanzione penale sul bene fondamentale della libertà personale. *Il procedimento legislativo, pur con le sue inevitabili imperfezioni e lentezze, è ancora nell'attuale momento politico costituzionale il mezzo più idoneo a garantire tali beni*» (F. BRICOLA, Art. 25, commi II e III, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*. Artt. 24-26, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 232).

⁴ Sentenza n. 279 del 2013.

⁵ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Riv. AIC*, 2, 2014, 5.

fondamentali⁶. È una spiegazione. Ma se una rinnovata precomprensione assiologica può arrivare a spiegare il perché di un cambiamento tanto radicale, non basta però a chiarire le implicazioni che questo dispiega nella complessiva dinamica ordinamentale, a partire dalle conseguenze che queste evoluzioni giurisprudenziali determinano sul loro stesso, declamato fine: i diritti fondamentali. È a questi sviluppi giurisprudenziali e alle loro conseguenze che sono dedicate le pagine che seguono.

2. Dalle rime obbligate alle rime possibili.

Si è detto, trattando della giurisprudenza costituzionale del passato, dell'arco storico del progressivo ricorso a sentenze manipolative e della costruzione giurisprudenziale delle 'rime obbligate', ispirata da un'immagine di Vezio Crisafulli. Una costruzione giurisprudenziale, si evidenziava, più usata per giustificare forme più o meno esplicite di *non liquet* che in una prospettiva legittimante interventi manipolativi – secondo, invece, l'intenzione dello stesso Crisafulli, che aveva rappresentato quest'analogia in sede scientifica a distanza molti anni proprio al tempo del dibattito sull'ammissibilità delle sentenze manipolative della Corte costituzionale. Si è detto anche come tuttavia, in materia penale, molta parte della potenziale operatività delle rime obbligate si sia sovrapposta alla peculiare lettura offerta della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., la quale ha in moltissimi casi assunto a vallo d'inammissibilità senza dover scomodare il discorso intorno alle soluzioni costituzionalmente obbligate implicato dalla suggestione crisafulliana. Detto questo, è indubbio che far riferimento a una costruzione giurisprudenziale di questo genere implica un certo tipo di senso del limite rispetto allo spazio d'azione che la Corte costituzionale ritiene di avere nel modulare i propri interventi; prescindere, e dunque non sentire la necessità di sottrarsi a un dispositivo d'accoglimento di tipo manipolativo quando la propria latitudine valutativa non possa poggiare su una sorta di automatismo interpretativo, implica com'è evidente un senso del limite completamente diverso. E ciò, si badi, al netto del fatto che si ritenga plausibile o meno – punto su cui ci siamo già ampiamente soffermati – la sussistenza e la giustificabilità teorica di questa costruzione giurisprudenziale.

Al lettore dovrebbe a questo punto risultare chiaro come una rimodulazione delle rime obbligate non possa che incidere profondamente sugli itinerari decisionali della Corte, se non altro perché fa venir meno – in potenza – tutta una serie di schermi dietro i quali giustificare un mancato accoglimento o, in casi più rari, giustificare il tratto manipolativo di certe pronunce.

E in questi ultimi anni, la costruzione giurisprudenziale delle rime obbligate è stata com'è noto proprio al centro di *una significativa ridefinizione nel caso in cui la Corte sia chiamata a giudicare di questioni in cui siano in gioco diritti fondamentali*. Il che, del resto, avviene in particolar modo proprio in materia penale, nella quale la compressione dei diritti si sostanzia in forme di ineguagliata gravità.

⁶ Il riferimento è alle relazioni annuali sull'attività della Corte nel 2018 e nel 2019 del presidente Lattanzi e della presidente Cartabia. Entrambe le relazioni sono consultabili in <https://www.cortecostituzionale.it>.

Questo passaggio, si badi, non va però eccessivamente enfatizzato nell'ottica di una torsione del sindacato sull'esercizio della funzione legislativa in senso maggiormente pregnante; se, infatti, la stessa Corte ha tradizionalmente fatto della dottrina delle rime obbligate un uso strumentale, in più occasioni criticabile e criticato, allora la loro stessa rimodulazione – o, se si preferisce, superamento – non può di per sé assurgere ad elemento fondante o comunque decisivo nel quadro di uno studio sulla discrezionalità legislativa. Ciò che preme piuttosto evidenziare è dunque il fatto che *questa rimodulazione rappresenta un primo passo, funzionale a un giudizio costituzionale in cui la Corte tende a non sottrarsi dal sindacato di merito e guarda ormai dichiaratamente – a differenza del passato – a più opzioni ricostruttive in caso di incostituzionalità accertata*; che ciò significhi anche un giudizio più pregnante sulle norme penali è invece questione in gran parte derivante dalla peculiare lettura data dalla Corte ai principi costituzionali⁷ e al tessuto legislativo ordinario, nonché dalla scelta di intervenire, prima ancora che sul piano del *quomodo*, su quello dell'*an*. In breve: *la rimodulazione delle rime obbligate è un sintomo importante della compressione della discrezionalità legislativa perché legittima il guardare dichiaratamente a possibilità di giudizio che la Corte costituzionale non riteneva in passato nella sua disponibilità, ma la ridefinizione della discrezionalità si lega necessariamente anche da altri fattori*. Fattori che ovviamente si legano e forse muovono proprio dalle nuove sensibilità della Corte⁸, ma che poi sul piano del merito si traducono fra gli altri nella pregnanza ascritta alla necessità costituzionale di tutela dei diritti e ad alcuni valori costituzionali, nonché – consequenzialmente – nelle declinazioni di volta in volta emergenti dell'elemento che flessibilizzando l'ordinamento rende il peso assiologico della Costituzione più sostenibile: la ragionevolezza. In definitiva, accettare la costruzione giurisprudenziale delle *rime possibili* come un totale cambio di paradigma anche sul piano sostanziale significherebbe di riflesso finire per accettare quella delle *rime obbligate* come uno schema di giudizio sostenibile sul piano teorico e rigoroso su quello applicativo; conclusione cui, viste le premesse e gli argomenti svolti nell'analisi di queste ultime, non possiamo approdare. D'altro canto, sostenere questo non significa affatto che il loro superamento sia privo di significato, perché un conto è che la Corte costituzionale dichiari di sentirsi vincolata all'individuazione di soluzioni prossime all'automatismo interpretativo, un altro è che si ritenga dalla stessa svincolata.

Nel merito e in estrema sintesi, l'impostazione di questa nuova costruzione giurisprudenziale consiste, accertata l'illegittimità costituzionale della norma, nel superamento del limite delle rime obbligate – e quindi nella dichiarata valutazione di indici ricostruttivi plurimi e alternativi fra loro – al ricorrere di determinate

⁷ Ricordava del resto L. ELIA, *Il potere creativo delle corti costituzionali*, cit., 222 che «c'è un elemento di creatività nella individuazione del diritto costituzionale vivente che deve funzionare da parametro nel giudizio di costituzionalità».

⁸ Del resto, nelle già citate relazioni annuali sull'attività della Corte delle presidenze Lattanzi e Cartabia si parla esplicitamente di «una rinnovata», «una nuova sensibilità» per cui «è sembrato sempre più inaccettabile che proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni» (relazioni consultabili in <https://www.cortecostituzionale.it>).

condizioni: a) il fatto che la questione verta in materia di diritti fondamentali, b) l'esistenza di un precedente monito non seguito da un intervento legislativo, sebbene questo requisito non appaia sempre imprescindibile⁹, c) la preesistenza di «precisi punti di riferimento» all'interno del tessuto legislativo, non essendo necessario che si tratti di «una norma avente identica struttura e ratio»¹⁰, d) ma tenendo ferma la possibilità per il legislatore di intervenire in materia, delineando un nuovo assetto normativo nei limiti della propria discrezionalità. Sull'inveramento concreto di questi elementi nell'attuazione della nuova costruzione giurisprudenziale torneremo più oltre. Quello che interessa qui sottolineare è la portata della rimodulazione delle rime obbligate in termini qualitativi: la Corte costituzionale non si limita infatti a dichiararsi legittimata a valutare indici ricostruttivi plurimi, ma lo fa dandosi in questo una sorta di autolimitazione, tenendo ferme alcune condizioni al ricorrere solo delle quali un simile intervento è ritenuto percorribile¹¹.

Ciò premesso, di questo passaggio alle rime possibili in materia penale, che non è fondante ma *funzionale* – proprio come le rime obbligate – a giustificare determinate scelte della Corte, è evidentemente necessario dar conto, non foss'altro che per gli ovvi corollari in termini di analisi delle decisioni della Corte. Tuttavia, il fatto che le principali sentenze in cui questa rimodulazione emerge siano in vari casi anche quelle da cui trarre alcune delle più importanti indicazioni circa gli itinerari argomentativi della ragionevolezza in materia penale¹² ci ha suggerito di procedere alla rassegna giurisprudenziale approfondendo i due aspetti nell'ambito dell'analisi di una stessa pronuncia, ove questa li contenga entrambi. In altri termini, prenderemo in considerazione le sentenze in cui emerge il ricorso alle 'rime possibili' assieme ai più recenti snodi del giudizio di ragionevolezza sulla proporzione sanzionatoria in un unico spazio di analisi, pur mantenendo i profili rigorosamente separati sul piano concettuale.

3. Il giudizio sulla ragionevolezza delle pene.

Filosoficamente parlando, il concetto di 'proporzione' è assai prossimo a quello di 'analogia', tanto che, in effetti, proprio l'accezione più stretta del secondo termine è desunta dal suo uso matematico come «*eguaglianza di rapporti*», e solo in un secondo e più ampio significato si traduce nell'«*estensione probabile* della

⁹ Pensiamo ad esempio alla sentenza n. 244 del 2022 in tema di distruzione o sabotaggio di opere militari (art. 167 cod. pen. mil. pace) con la quale la Corte ha optato per una manipolativa sganciata dal canone delle rime obbligate senza però sussistesse un precedente monito.

¹⁰ Sentenza n. 222 del 2018, punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Certo non sono mancati dubbi, in letteratura, circa l'opportunità di una ridefinizione così netta di alcune categorie consolidate nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali (si veda ad esempio D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.*, 6, 2020, 244 ss.). Ma si tratta di un punto su cui torneremo per forza di cose più oltre.

¹² Il che è quasi paradossale, tenendo a mente il fatto che la «grammatica» della ragionevolezza in materia penale è stata tradizionalmente il più possibile appoggiata a una logica di 'rime obbligate', come evidenzia A. LONGO, *Il sindacato di ragionevolezza in materia penale. Brevi riflessioni a partire da alcune ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, 14.

conoscenza mediante l'uso di somiglianze generiche che si possono addurre tra situazioni diverse». Un concetto che, al di là della metafisica, ha trovato «la più celebre applicazione» da parte di Aristotele nella declinazione della giustizia distributiva nel Libro V dell'*Etica Nicomachea*¹³.

La traslazione nel giuridico di questo concetto, e in particolare sul versante della sanzione legata a un determinato precetto, non può – come è evidente – rispondere ai crismi di esattezza matematica propri del concetto di proporzione applicato alla geometria¹⁴. La perfetta, assoluta razionalità è del resto estranea all'esperienza giuridica: il diritto risponde infatti per definizione a logiche imperfette; di più, è esso stesso un «elogio dell'imperfezione»¹⁵. Trovandoci dunque al di là del campo di un'assoluta razionalità, l'idea di proporzione nelle sanzioni va legata a un più vasto concetto, ormai saldamente radicato negli studi di diritto: la ragionevolezza. La ragionevolezza è infatti – come precisato in apertura di questo studio – la traslazione nel giuridico del principio della ragione sufficiente¹⁶, una forma di «ragione attenuata»¹⁷, un concetto più ampio ed elastico della ragione strettamente intesa; infatti, mentre il giudizio di ragione (razionale) «consegue (o cerca di conseguire) la certezza, il vero», il giudizio di ragionevolezza «consegue (o cerca di conseguire) la probabilità, il verosimile»¹⁸. Un concetto da tempo al centro della riflessione giuridica, di progressivi apprendimenti teoretici e giurisprudenziali¹⁹; un

¹³ N. ABBAGNANO, *Analogia*, in Id. (a cura di), *Dizionario di filosofia*, III ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino, 1999, 43 ss. Si veda ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 5, 1131 a 31, dove appunto la giustizia distributiva è concepita in termini di proporzione alla luce del rapporto fra quattro termini in cui A sta a B come C sta a D.

¹⁴ «Yet the idea of proportionality in law cannot approach the certitudes of a mathematical ratio», come ricordano V.C. JACKSON e M. TUSHNET, *Introduction*, in Id. (a cura di), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017, 10.

¹⁵ Riprendiamo qui l'immagine di «elogio dell'imperfezione», ispirata all'*Elogio della follia* di Erasmo da Rotterdam, scelta da Rita LEVI-MONTALCINI come titolo per la sua autobiografia pubblicata per i tipi di Garzanti nel 1987. Richiamando i versi con cui il grande poeta irlandese William Butler Yeats apre la lirica *The Choise (Selected Poetry*, London, 1968, 153), «*The intellect of man is forced to choose / perfection of the life, or of the work*», l'insigne studiosa ebbe a dire di aver empiricamente tratto dalla propria esperienza di vita l'insegnamento che invece è proprio l'imperfezione nell'esecuzione delle proprie attività la dimensione più consona alla condizione umana.

¹⁶ F. MODUGNO, *Ragione e Ragionevolezza*, in A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Tomo I. Ragione, ragionevolezza, esperienza (esperimento), dimensione oggettiva e storica della ricerca scientifica e giuridica*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, Roma, 2007, 12 ss.

¹⁷ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 63.

¹⁸ F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 16. L'insigne Autore chiarisce infatti che «la differenza tra il giudizio di razionalità (inteso come giudizio di ragione apodittica) e giudizio di ragionevolezza» si sostanzierebbe proprio in ciò: «il primo non ammette soluzione alternativa tra il vero e il falso, mentre il secondo l'ammette» (ivi, 33-34).

¹⁹ E ciò a partire, è noto, dalle speculazioni sul principio di eguaglianza. Di fatti, in una delle prime riflessioni teoriche sulla ragionevolezza, A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1, 1975, 562 ss. declinava la *rationabilitas* delle leggi, che a suo avviso «affonda le radici nel principio costituzionale di uguaglianza, del quale l'art. 3 Cost. non rappresenta se non la parte emergente dell'iceberg che lo contiene», nel «principio di coerenza» delle stesse. «Principio di coerenza il quale esige», proseguiva l'illustre Autore, «che ogni norma giuridica abbia carattere di universalità fino al massimo limite possibile – onde nessuna

elemento considerato insito «in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita ed inespressa, come momento essenziale ed ineliminabile»²⁰, che per il suo congenito opporsi a un'irreggimentazione definitiva non ha mancato di spingere taluni studiosi a un approccio marcatamente scettico²¹. Un concetto, la ragionevolezza, che non è affatto un principio²², ma un «*metodo interpretativo*» che

deroga alla disciplina generale può essere ammessa se non sia giustificata da pertinenti e adeguate ragioni... ed esige inoltre che le stesse norme *particolari* e *derogatorie* (non importa quale sia la limitatezza della loro portata) abbiano essere pure il medesimo carattere, nel senso di abbracciare tutti i possibili casi (e può, in ipotesi, anche trattarsi di un unico caso) per cui la disciplina «particolare» sia sorretta dalla medesima *ratio* e non comporti giustificabili eccezioni», concludendo che ciò «se riduce la libertà del legislatore nelle scelte politiche, tuttavia non la fa svanire, e anzi le lascia nondimeno aperte larghissime aree». Invero, proprio l'aggancio al principio di eguaglianza, seppure nella consapevolezza che la ragionevolezza non ne rappresenta affatto «semplice corollario», è stato tradizionalmente individuato come un elemento in grado di meglio giustificare il ricorso al canone di ragionevolezza, manifestandosi anche da voci autorevoli il timore che un giudizio sull'«incoerenza intrinseca della legge» avrebbe potuto «portare indubbiamente al mero arbitrio» del Giudice delle Leggi (così P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994, 42).

²⁰ Questa l'intuizione, veramente lungimirante rispetto all'epoca in cui fu concepita, di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, 1577.

²¹ In un importante convegno sul tema, L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 163 giunse com'è noto ad affermare «che un principio di ragionevolezza non esista», perché convinto «che espressioni quali ragionevolezza proporzionalità, adeguatezza, nona arbitrarietà, o gli analoghi corrispondenti aggettivi che si leggono nelle sentenze della nostra e di tante altre Corti costituzionali siano soltanto formule verbali, espressioni alle quali non corrisponde un concetto od una nozione ben determinata».

²² C'è un passo in tal senso significativo nella riflessione di Roberto BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre e A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 75 ss., il quale osserva «anche la più sensata delle leggi soffre delle sue stesse caratteristiche strutturali, cioè della generalità e astrattezza delle sue norme», da cui egli elabora il teorema per cui «per quanto una legge possa essere sensata, equilibrata e pienamente giustificabile per la *normalità* dei casi, vi è almeno una circostanza in cui le sue classificazioni o il suo assetto degli interessi risulta *irragionevole*». L'Autore cerca di dimostrare l'assunto evidenziando che dinanzi all'«infinità varietà del reale», per quanto una legge possa risultare giustificata per la stragrande maggioranza dei casi, «perde di senso man mano che le fattispecie concrete che il giudice si trova di fronte si allontanano dalla «normalità», cioè risultino *paradossali*». Di conseguenza, se il compito del giudice si limitasse al controllo dell'«astratta sussumibilità della fattispecie concreta nella fattispecie della *dura lex*, nessun problema di ragionevolezza si porrebbe», ma non essendo più sostenibile «e da tanto tempo, che il giudice sia la bocca della legge», egli si troverebbe quotidianamente a fare i conti con giudizi di ragionevolezza, dal che ne discende, alla luce dell'imprevedibilità del reale, «che la *irragionevolezza* è un carattere strutturale della stessa legge, carattere che si manifesta non appena il caso a cui essa deve essere applicato si trovi fuori dalla sua *ratio*». Ebbene, crediamo che proprio questo passo valga ad ammonire circa le conseguenze, inaccettabili per l'aleatorietà pratica che introdurrebbero nella dinamica ordinamentale, dell'inquadramento della ragionevolezza come 'principio' e in particolare come 'principio costituzionale': operazione, seguendo la ricostruzione di Franco Modugno, teoreticamente insostenibile. Un conto è infatti rilevare tratti di irrazionalità nella legge, che distinguendosi dagli altri atti giuridici per il suo solo procedimento di formazione non può di per sé essere irrazionale a pena di essere invalida: come insegnava già in età prerepubblicana Carlo ESPOSITO, *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti*

«non costituendo il contenuto di alcun principio costituzionale, attiene *al modo di intendere il rapporto* tra norme legislative e norme o principi costituzionali e, particolarmente, all'interpretazione delle disposizioni legislative (oggetto del giudizio costituzionale) e di quelle costituzionali (parametro)»²³. Un criterio interpretativo che impone, senza mai prescindere – si badi – dal riferimento ai principi costituzionali di volta in volta in gioco, di non arrestare l'analisi al tessuto legislativo ordinario, allargando lo sguardo al caso da regolare²⁴; implica dunque il guardare a un tempo all'astrattezza delle norme e alla concretezza del reale: non è un caso che la ragionevolezza sia stata definita «il ponte tra diritto e azione»²⁵. In questo quadro, «un bilanciamento tra principi costituzionali diversi (che positivizzano valori) e che implicano diritti e interessi costituzionalmente protetti,

legislativi e il controllo giurisdizionale, Padova, 1934, 167, «anche una legge per essere valida non debba essere contraddittoria o priva di ogni senso, e non debba avere un contenuto di realizzazione impossibile». Altro conto è invece l'operazione valutativa circa il *grado* di aderenza di una norma legislativa rispetto a un principio costituzionale, il quale non può che essere altro rispetto alla ragionevolezza in sé e per sé. Conclusione che ci sembra confortata dai presupposti filosofici della ragion sufficiente, che è concetto più ampio ed elastico della razionalità strettamente intesa.

²³ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 56. Più di recente, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020, 179 ha sottolineato che la ragionevolezza è appunto un «canone», un «criterio interpretativo e applicativo delle altre norme e dei principi costituzionali».

²⁴ La sentenza della Corte costituzionale n. 89 del 1996 (rel. Vassalli) in tema di termini di durata delle misure cautelari contiene in tal senso un passaggio emblematico, che per la sua limpidezza merita di esser riportato per intero: il giudizio di ragionevolezza, nel cui *genus* talvolta si inquadra il giudizio di eguaglianza, consiste in «un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere: ove la disciplina positiva si discosti dalla funzione che la stessa è chiamata a svolgere nel sistema e ometta, quindi, di operare il *doveroso bilanciamento dei valori che in concreto risultano coinvolti*, sarà la stessa "ragione" della norma a venir meno, introducendo una selezione di regime giuridico priva di causa giustificativa e, dunque, fondata su scelte arbitrarie» (punto 3 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra). Ci permettiamo di aggiungere che i valori, cui la Corte si riferisce, non possono che trovare un fondamentale momento di traduzione nei principi costituzionali, attraverso cui divengono diritto positivo: il che ci sembra non faccia in fondo che confermare come la ragionevolezza non sia un principio ma un canone, un criterio ermeneutico funzionale a scrutinare il grado di rispondenza del tessuto legislativo ordinario ai principi costituzionali. A proposito della questione dell'aggancio della ragionevolezza al diritto posto è significativo che lo stesso Alessandro Pace, la cui posizione è notoriamente assestata su un rigido giuspositivismo, abbia sostenuto che il sindacato di ragionevolezza discenderebbe «implicitamente, dalla stessa logica dello "Stato legislativo" e del "diritto razionale" su cui esso si basa» (A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993 e in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi. Convegno dell'AIC, Taormina*, 1990, Padova, 1995, ora in Id., *Per la Costituzione. Scritti scelti*, I, Napoli, 2019, 535, nota 5), al punto che «è lecito sostenere che il richiamo all'art. 3 Cost. ha sin dall'inizio rappresentato un espediente – nobilissimo quanto si vuole ma pur sempre un "espediente" – per imbrigliare l'arbitrio del legislatore (e quindi per impedirgli appunto di dire e disdire), al di là dei propositi dello stesso Costituente» (Id., *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, Milano, 1987, ora in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2ª ed. riveduta e ampliata, Padova, 2022, 175).

²⁵ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 1580, ragionevolezza che, osserva l'Autore, «poggia, proprio come un ponte, su due piloni e si sviluppa in due semiarchi: il primo è quello verso la prescrizione, al fine di costruire la norma», il secondo «quello verso la realtà concreta, irripetibile, al fine di costruire la *regula juris*».

è proprio, connaturale, si direbbe, alla funzione legislativa»²⁶, la quale nel dipanarsi in materia penale trova il proprio punto di caduta in una cornice dall'elevatissima politicità²⁷, stante la pluralità di valori in gioco e la correlativa pluralità delle opzioni di tutela, pur nel quadro di una Costituzione in cui il ricorso al diritto penale deve rappresentare l'ultima ratio.

Il sindacato della Corte sulla proporzione sanzionatoria²⁸ entra dunque nel merito di una delle più tipiche declinazioni del potere discrezionale del legislatore; senza dubbio alcuno, una di quelle – se non quella – dalla latitudine tradizionalmente più ampia²⁹. Come detto, la proporzione sanzionatoria – che è problema antico, dilemmatico e ciò nondimeno immanente alla questione penale³⁰ – non risponde infatti a indici di esattezza matematica, quanto a valutazioni di verosimiglianza³¹; per essere conformi alla necessità costituzionale, le pene devono rispondere alla logica del probabile. In caso contrario, i delicatissimi bilanciamenti fra la

²⁶ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 33.

²⁷ V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*. *Giurisprudenza sistematica*, 2013, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it>, 64 individua, oltre alla peculiare lettura dell'art. 25, secondo comma, Cost., proprio questo tasso di alta politicità della materia come i principali limiti a un più pervasivo ricorso alla ragionevolezza in materia penale.

²⁸ «L'idea della proporzione», ha scritto Ferrando Mantovani, «segna il passaggio dalla vendetta (che è emozione, non controllata dalla ragione e spesso sproporzionata alla entità del male subito) alla pena, che è atto di ragione e quindi reazione proporzionata. Anche se al fondo della pena può darsi che sia rintracciabile un motivo emozionale ed istintuale, esso viene però considerato come motivo subordinato o al più concorrente con il vero e proprio motivo razionale-retributivo» (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017, 717).

²⁹ Infatti, una volta individuato un valore costituzionale – nel caso in cui si abbracci una prospettiva teorica bricoliana o post-bricoliana – in grado di giustificare il ricorso alla tutela penale, è del tutto evidente che, superato il vaglio di legittimità costituzionale in merito all'an del ricorso al potere di punire, proprio la scelta del quantum sanzionatorio presenta profili di spiccata politicità, se non addirittura sprazzi di congenita, connaturata irrazionalità nell'operazione d'individuazione delle cornici editali. Ricorda infatti Massimo DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2018, 1608, che «la stessa proporzione tra i beni più vari e quelli che la pena sacrifica è priva di basi epistemologiche affidabili: la cornice non è un distillato né di logica, né di coerenza, e tanto meno di aritmetica, e del resto si vota a maggioranza».

³⁰ «Perché una pena ottenga il suo effetto, basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infalibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico» (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), introduzione di R. Rampioni, ed. integrale, Roma, 2012, 61).

³¹ Non a caso, G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018, 9 ss. ha opportunamente ammonito circa la tendenza entusiastica a preferire sul piano teorico il riferimento al criterio di proporzionalità piuttosto che a quello di ragionevolezza sulla scorta delle linee giurisprudenziali del Bundesverfassungsgericht tedesco e delle corti europee, sviluppando una considerazione che per limpidezza argomentativa merita di essere integralmente riportata: «Se la proporzione fosse rigorosamente numerica», osserva l'Autore, «si tratterebbe di un criterio più preciso di quello, indeterminato, della ragionevolezza, i cui risultati sono sempre opinabili. Ma non è così. Stabilire se due entità sono tra loro in rapporto di proporzionalità involve una serie di valutazioni e giudizi di valore, che difficilmente consentono di ricavare un risultato certo. Quando un bilanciamento rispetta il criterio di proporzionalità? Risposta: quando il legislatore o l'interprete ritengono che il punto di equilibrio formulato sia giusto, non in via logico-razionale, ma in quanto "ragionevolmente" accettabile, alla luce di opzioni culturali, politiche, sociali etc. La ragione empirica, con tutta la sua carica di "vaghezza", scacciata dalla porta, rientra dalla finestra».

prevenzione e repressione dei reati e i diritti fondamentali delle persone sottoposte all'intervento punitivo sfociano nell'irragionevolezza. Il che ci ricorda una volta di più, a un livello più ampio e profondo, che il canone di ragionevolezza rappresenta un elemento di forte flessibilizzazione dell'ordinamento in una democrazia costituzionale, perché rende più semplice la convivenza delle numerose istanze che la caratterizzano e più sostenibile il loro peso assiologico, favorendo il riconoscimento e la garanzia di esistenza di un pluralismo politico e sociale alla stessa coesistente³². Ciò detto, nonostante non sia forse un caso che essa sia stata inquadrata come elemento legittimante il sistema tutto³³, o come il suo più forte fattore d'integrazione politica³⁴, va tenuto conto che in realtà la ragionevolezza rimane appunto un canone; un canone che ha una certa funzione nell'attività interpretativa della Corte costituzionale ma che, in quanto tale, non può di per sé ambire ad avere in sé e per sé anche una funzione fondante rispetto all'esperienza giuridico-costituzionale nel suo complesso, se non al prezzo di svalutare in misura significativa il testo. In una parola, la ragionevolezza non assurge a norma-parametro che pone un limite funzionale, ma un canone alla luce del quale è possibile riscontrarne la violazione.

In ogni caso, tornando alle pene, è proprio la necessità che esse debbano rispondere alla logica del probabile che ci restituisce la complessità di una valutazione di illegittimità della loro individuazione³⁵. Il giudizio costituzionale trova infatti in

³² Osserva G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005, 135 in merito alla garanzia della «superiore legalità» espressa dalle costituzioni democratiche, che col passaggio allo Stato costituzionale «L'unificazione del pluralismo, non presupposta o imposta, non neutrale e non procedimentale, ma politica e per “valori normativi”, sembra... poter essere garantita, oltre e prima che nell'opera dei Parlamenti, anche e fondamentalmente nella Carta costituzionale che il patto costituente ha definito».

³³ Secondo la tesi di L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 441, il quale afferma che in una democrazia pluralista l'ordinamento «trova nella ragionevolezza il proprio principio architettonico e l'imprescindibile condizione per la propria esistenza».

³⁴ Secondo la tesi A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 35; ID., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 130 ss. Com'è noto, l'Autore citato ritiene lo stesso bilanciamento sussumibile nel più ampio *genus* della ragionevolezza. *Contra*, R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 63, nota 157: «Sia il test di ragionevolezza che il bilanciamento degli interessi», osserva infatti l'Autore, «hanno di mira il controllo della “discrezionalità” legislativa: nel primo caso si tratta però di un controllo, per così dire, “interno” alle scelte legislative, relativo ai canoni (di coerenza, ragionevolezza, congruità rispetto al fine) che il legislatore deve comunque rispettare nel compiere le sue scelte, quali esse siano; nel secondo, invece, alla Corte si prospetta un controllo “esterno”, nel senso che il parametro è una norma “sostanziale” – e non un meccanismo metarelazionale... che limita l'ambito delle scelte discrezionali, non il *metodo* con cui assumerle... Mentre, dunque, nel giudizio di ragionevolezza la Corte può procedere al controllo della discrezionalità legislativa senza doversi esprimere sull'estensione e la qualità degli interessi in gioco, questa operazione diviene preliminare e determinante nel bilanciamento degli interessi».

³⁵ Come si osservava già ai tempi delle prime sentenze manipolative sulle pene edittali – per la precisione già in margine all'importante decisione n. 341 del 1994, primo vero esempio di un giudizio non comparativo sulla proporzione sanzionatoria, con cui era stato dichiarato illegittimo perché sproporzionato al disvalore della condotta il minimo edittale di sei mesi di reclusione previsto per il reato di oltraggio – «le sentenze creative della Consulta, in quanto inevitabilmente settoriali, sono destinate a produrre nuove disarmonie nel sistema delle pene e dei reati cui lo stesso giudice

materia penale «la declinazione più problematica», proprio perché pone di fronte a un'istantanea in cui «la forma più libera e logicamente evanescente di giudizio» è «applicata alla forma necessariamente più libera (perché politicamente più delicata) della funzione legislativa»³⁶.

Non è del resto un caso che, tradizionalmente, la ragionevolezza abbia visto forme applicative assai limitate in materia³⁷, e che in particolare in tema di dosimetria sanzionatoria la pur limitata pregnanza dei giudizi di ragionevolezza si sia essenzialmente dispiegata entro lo schema di un giudizio triadico³⁸, cioè con un termine di raffronto. Questo si spiega anzitutto alla luce del fatto che per lungo tempo la norma-parametro alla luce della quale sindacare la legittimità costituzionale delle sanzioni è stata individuata nel principio d'eguaglianza, il che ha a suo modo rappresentato una significativa limitazione alle possibilità di sindacato della Corte costituzionale. Peraltro, anche di recente, quando il parametro non è individuato nell'eguaglianza, la presenza di un *tertium comparationis* alla luce del quale valutare la ragionevolezza della pena³⁹, seppure non sia

delle leggi cerca poi di rimediare con ulteriori interventi additivi e sostitutivi, in un circolo vizioso che finisce così per autoalimentarsi» (A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4203 s.).

³⁶ A. LONGO, *Il sindacato di ragionevolezza in materia penale*, cit., 11.

³⁷ Il che ci riporta alla mente alcune considerazioni di G. INSOLERA, *Presentazione*, in G. Giostra e Id. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale. Atti del Convegno, Macerata, 28 e 29 gennaio 1997*, Milano, 1998, X ss., il quale ammonisce «sul varco che al “governo dei giudici” può essere aperto da un'eccessiva penetrazione del c.d. controllo di ragionevolezza», affermando «l'inutilizzabilità, in materia penale, di paradigmi estensivi del controllo di ragionevolezza. Un limite questo», prosegue l'Autore, «che sembra sfuggire a qualche costituzionalista che trascura come il diritto penale, attorno al quale è stata costruita tutta la dialettica argomentativa dei principi che lo governano come ramo dell'ordinamento, non può che connotarsi come *jus singulare*. Ciò discende direttamente – e lo giustifica come tale – dalla sua incidenza sulla libertà personale. A porsi in evidenza, in questo caso, è, quindi, il principio di riserva assoluta di legge, che colloca il problema delle fonti del diritto penale in termini affatto peculiari. E può essere utile richiamare, ancora una volta, la *ratio* squisitamente politica della riserva, da non individuare tanto nella certezza, quanto piuttosto nella rappresentatività del potere legislativo e nelle modalità e caratteristiche del suo esercizio». Va precisato come l'Autore citato sia un sostenitore, nel solco dell'insegnamento di Franco Bricola, dell'emersione e utilizzazione in chiave dimostrativa del principio di offensività nella giustizia costituzionale, il che contribuisce a inquadrare le considerazioni riportate in un'ottica indubitabilmente più ricca di sfaccettature sul piano delle ipotesi di intervento della Corte costituzionale in materia penale.

³⁸ Pur, come si vedrà più oltre, con l'eccezione ad esempio della sentenza n. 341 del 1994, che rappresenta forse il primo vero caso di giudizio diadico in materia. Merita comunque di esser ricordato un commento di A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, IV, 1971, 206 ss., il quale pure nell'ottica di un giudizio triadico per lungo tempo aveva l'impressione di una Corte che avvertiva «in modo particolarmente intenso l'esigenza di autolimitarsi nell'esercizio del controllo della ragionevolezza, senza che ciò corrisponda tuttavia ad un qualche principio giuridico che possa essere costruito partendo dal dato positivo», individuandone le cause «piuttosto sul piano delle influenze psicologiche, che non delle argomentazioni logico-giuridiche». L'autore richiamato concludeva quindi che in materia penale non sarebbero esistiti limiti alla conduzione di un giudizio di ragionevolezza differente da quello condotto in altre aree dell'ordinamento giuridico, auspicando quindi una non rinuncia da parte della Corte alle proprie prerogative costituzionali.

³⁹ Sottolinea F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. Giostra e G. Insolera (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale*,

assolutamente imprescindibile per condurre il giudizio⁴⁰, rende evidentemente lo stesso meno problematico perché in caso di accertata illegittimità costituzionale «conferisce alla Consulta un indice verso il quale indirizzare il proprio intervento manipolativo riducendo l'invasione della discrezionalità legislativa»⁴¹. Il che, beninteso, non significa che la presenza del *tertium comparationis* valga a ridurre o addirittura annullare la latitudine valutativa propria del giudizio di ragionevolezza⁴²; quel che rileva è infatti che la sua individuazione conserva un'utilità in fase di individuazione degli indici manipolativi, in un certo qual modo imbrigliando la latitudine valutativa della Corte anche in fase ricostruttiva. Lo studio a oggi più completo sul giudizio di eguaglianza in materia penale, pubblicato in anni di poco antecedenti alla svolta, conferma del resto il carattere tradizionalmente imprescindibile del *tertium* nel sindacato sulla misura delle pene⁴³, un giudizio che è dunque stato a lungo concepito come relazionale, in ossequio peraltro alle fondamenta filosofiche del concetto di proporzione⁴⁴.

cit., 72 ss. che nel giudizio sulla dosimetria sanzionatoria «non è davvero facile liberarsi del *tertium comparationis*, in specie quando si opera col parametro della proporzione che in questo campo è sicuramente il più diffuso. Per poter fare a meno del *tertium comparationis* si deve ipotizzare il ricorso a parametri costituzionali diversi dalla ragionevolezza e dalla proporzione ma parimenti capaci di incidere sulla legittimità della previsione edittale», quali la legalità «già sotto il circoscritto profilo di una eventuale indeterminatezza conseguente ad una forbice edittale eccessivamente divaricata» e il finalismo rieducativo, «ma ovviamente nella remota ipotesi in cui esso venga assunto in un suo contenuto *immediatamente* incidente sulla misura della pena, senza cioè passare per il tramite della proporzione». Dal canto suo, ancora qualche anno fa V. MANES, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, 2016, consultabile in <https://www.treccani.it>, poteva porre in evidenza la «perdurante “dipendenza ancillare” del sindacato di proporzione dagli schemi della ragionevolezza-eguaglianza», in assenza dei quali «le geometrie sanzionatorie – per sconnesse che siano – appaiono inaccessibili al vaglio di legittimità».

⁴⁰ Osservava già prima degli anni della 'svolta' G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale*, in A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Tomo III*, cit., 15 che in effetti il giudizio di ragionevolezza in materia penale si è progressivamente allontanato dagli originari limiti logico-formali a mano a mano che nella giurisprudenza costituzionale si è affermato l'ideale rieducativo, rendendo infine possibile sganciare il giudizio dal parametro di cui all'art. 3, primo comma, Cost. con la conseguenza che anche in materia penale i giudizi di ragionevolezza «possono essere ricondotti al consueto schema binario».

⁴¹ A. LONGO, *Il sindacato di ragionevolezza in materia penale*, cit., 14.

⁴² G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., 108, distinguendo il giudizio di eguaglianza da quello di ragionevolezza in senso stretto, sottolinea come proprio in questo secondo giudizio la valenza del *tertium* sia quella di «espediente retorico», utile a «conferire un maggiore rigore formale ad una decisione fondata essenzialmente su opzioni di valore largamente discrezionali». Nella penalistica si è evidenziato che proprio l'individuazione del termine di raffronto «presuppone sempre necessariamente un'operazione valutativa della fattispecie impugnata», in quanto «solo alla stregua di un determinato parametro valutativo gli elementi differenziali propri di quella fattispecie possono apparire tali da imporre ad esempio un diverso trattamento rispetto al *tertium comparationis*» (F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità*, cit., 76).

⁴³ D. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 355 ss., peraltro esplicitamente contrario alla rinuncia del *tertium comparationis* nel giudizio.

⁴⁴ La Corte ha insomma tradizionalmente raffrontato la pena A prevista per il reato B con la pena C

Alla luce di simili premesse – che, come tutte le premesse, appariranno in certa misura ridondanti a chi le legge e ragionevolmente utili a chi le pone – può dunque cogliersi tutta l'importanza, nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, degli sviluppi del giudizio sulla proporzionalità delle pene, dove si va ormai affermando sempre più *un modello diverso, di tipo diadico perché imperniato attorno a un parametro altro rispetto all'eguaglianza, un parametro*, individuato nel combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., *che incrementa significativamente la latitudine valutativa della Corte costituzionale*. Un parametro che prendendo in prestito il lessico della Corte costituzionale potrebbe definirsi della pena «proporzionata alla gravità del fatto»⁴⁵.

In definitiva, in materia penale la ragionevolezza è stata tradizionalmente impiegata per dare valenza dimostrativa al principio di determinatezza e a quello di offensività e, per quanto qui interessa, nel giudizio sulla legittimità costituzionale delle pene la sua specifica declinazione come criterio di congruità ha spesso rappresentato «lo standard privilegiato» di giudizio, pur accompagnato da altri strumenti fra cui l'anacronismo, il senso comune e la corrispondenza fra i presupposti fattuali e la fattispecie astratta⁴⁶. Soprattutto, il giudizio di ragionevolezza si è sempre assestato sul sindacato intorno alle «ipotesi di manifesta irragionevolezza» e di «evidente sproporzione» nella parificazione o equiparazione del trattamento sanzionatorio di più fattispecie⁴⁷, e dunque essenzialmente nel quadro di un giudizio di eguaglianza – per definizione ternario – con strutture argomentative il più possibile appoggiate su una logica di rima obbligata. A partire dal 2016, tuttavia, la Corte costituzionale sembra aver dischiuso possibilità di giudizio differenti e, a detta di vari osservatori, assai più pregnanti di quelle tradizionali. Individuare un parametro afferente alla proporzione sanzionatoria in sé alla luce del rapporto fra pena e gravità del fatto, implica necessariamente l'impostare il giudizio secondo uno schema diadico che impone di guardare in maniera ancor più attenta al nesso che lega la norma astratta al caso concreto, ma anche l'innalzamento del livello di complessità dell'individuazione degli indici legislativi cui ancorare la parte ricostruttiva delle sentenze manipolative in seguito all'accoglimento.

3.1. *Il leading case: la sentenza n. 236 del 2016 in tema di alterazione di stato.*

La sentenza n. 236 del 2016 (rel. Zanon) rappresenta senza dubbio, lo si è anticipato, il *leading case* sul quale si sono innestati gli itinerari successivi di questa linea giurisprudenziale: in essa troviamo la decisa apertura – comunque legata alla specifica prospettazione della questione da parte del giudice *a quo* – verso un giudizio sulla proporzione sanzionatoria di tipo diadico alla luce del parametro della

prevista per il reato D. Chiaramente, nonostante la connaturata impossibilità logica di stabilire una perfetta corrispondenza biunivoca tra fattispecie che pure quando poste a tutela del medesimo valore incriminano condotte differenti, il *tertium comparationis* risulta comunque utile alla Corte per mantenere il proprio giudizio entro *topoi* argomentativi particolarmente rigorosi o – il che ci appare corrispondente alla realtà delle cose – assai meno opinabili di argomenti di *più stretta* giustizia sostanziale.

⁴⁵ Fra le molte, sentenza n. 138 del 2024.

⁴⁶ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 2 e 219 ss.

⁴⁷ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 97.

proporzione rispetto alla «gravità del fatto», e dunque sganciato dalla necessità di argomentare in maniera decisiva alla luce di un *tertium comparationis*. Non fosse però che nulla nasce dal nulla. Il giudizio di tipo diadico sviluppato con questa pronuncia trova infatti un terreno fertile nell'assai più risalente sentenza n. 341 del 1994 in tema di oltraggio, rispetto alla quale può essere inquadrata come un'ideale linea di sviluppo⁴⁸.

Di fatti, com'è stato attentamente osservato, già nell'apparato argomentativo della sentenza del 1994, con cui la Corte giunge a dichiarare l'illegittimità costituzionale della pena minima di sei mesi di reclusione prevista dall'art. 341, primo comma, cod. pen., «sono inequivocabilmente rintracciabili valutazioni incentrate sulla esorbitanza, in sé, della pena rispetto al disvalore dell'illecito», al punto che il raffronto col *tertium comparationis* – la pena prevista per il reato di ingiuria di cui all'art. 594 cod. pen. – «sopravviene solo in coda alla decisione»⁴⁹. Alla luce di un simile precedente, i dubbi circa l'effettiva portata innovativa della sentenza del 2016, pur generalmente accolta con favore in letteratura⁵⁰, non possono certo dirsi aprioristicamente infondati⁵¹. Il punto è che, come detto, nulla nasce dal nulla, e le nuove linee hanno potuto riposare su una stratificazione nelle pronunce della Corte maturata in lunghi decenni; pronunce che, pur necessariamente prive di una *binding*

⁴⁸ Di recente, in un incontro di studio del 19 dicembre 2022 presso l'*Alma Mater Studiorum* di Bologna organizzato in occasione della presentazione della monografia del giudice costituzionale Francesco Viganò sulla proporzionalità della pena, l'ex Presidente della Corte costituzionale Marta Cartabia ha ricordato come in realtà uno dei più audaci tentativi di dare alla proporzionalità delle pene una valenza più pienamente dimostrativa nel giudizio costituzionale avesse avuto luogo nella fase preparatoria della redazione della sentenza n. 68 del 2012 (rel. Frigo) in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione: sembra infatti che la Corte avesse preso in seria considerazione l'idea di introdurre nell'apparato argomentativo un richiamo all'art. 49 CDFUE, preferendo poi percorrere una diversa via. Ricordiamo infatti che nell'occasione la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 630 cod. pen. nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità, grazie a un *iter* argomentativo imperniato sul principio di eguaglianza, con un fugace cenno alla palese sproporzione sanzionatoria in grado di vanificare «già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa» (punto 5 del *Considerato in diritto*). Del resto, è proprio attraverso la via dei parametri 'interni' che la più recente giurisprudenza sulle pene si è in larga parte sviluppata. Il convegno richiamato e l'interessante '*internum corporis*' raccontato nell'intervento della prof.ssa Cartabia sono reperibili in <https://www.radioradicale.it/scheda/685666/presentazione-e-discussione-del-libro-di-francesco-vigano-la-proporzionalita-della-pena>. L'episodio era stato riportato tempo addietro anche da S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, 181.

⁴⁹ S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 23.

⁵⁰ In tal senso, ad esempio, F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017 e S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena*, cit., 23 ss.

⁵¹ «Qualche apertura» nella direzione seguita dalla pronuncia era infatti già presente proprio nella sentenza n. 341 del 1994 (dove si sottolinea la necessità di un'esigenza di proporzione tra gravità del reato e pena ad esso legata) e nella n. 313 del 1990 (fondamentale per la progressiva espansione di normatività del finalismo rieducativo), ci ricorda ad esempio E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 2016, 1959 ss.

authority, hanno tuttavia irradiato l'«autorità normativa riflessa»⁵² propria di quei precedenti che, presentando profili di consonanza con le convinzioni di chi è chiamato a interpretare e applicare il diritto, diventano determinanti per il suo invero. Veniamo dunque alla sentenza n. 236 del 2016.

La questione verteva intorno al minimo edittale di cinque anni di reclusione previsto dall'art. 567, secondo comma, cod. pen. per l'ipotesi di alterazione di stato di un neonato mediante produzione di documenti falsi, considerato dal giudice *a quo* un ostacolo, in caso di condanna, all'adeguamento della pena comminata «alle circostanze specifiche del fatto concreto»⁵³. Non tutti gli argomenti contenuti nell'ordinanza di remissione, per la verità, colgono nel segno⁵⁴, e la fondatezza delle questioni prospettate emerge proprio «in virtù della manifesta sproporzione della cornice edittale censurata, se considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita».

La Corte pone in maniera decisa l'accento sul nesso fra la pena e il «reale disvalore della condotta»⁵⁵, rammentando la necessità costituzionale di un rapporto di proporzione fra questi due termini emergente sia da alcuni precedenti⁵⁶ sia dallo stesso diritto dell'Unione, dove il principio trova espressa sanzione all'art. 49, par. 3, CDFUE. A questi rilievi si lega poi l'ulteriore argomento per cui

il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile *l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali*, svolgendo *una funzione di giustizia*, e anche *di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale*, in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale.

A questo punto, richiamati alcuni precedenti incentrati sul finalismo rieducativo e sul suo nesso necessario proprio con la proporzione delle pene, e in particolare l'argomento già sviluppato nelle sentenze n. 251 e 68 del 2012 per cui una pena sproporzionata vulnererebbe *ab initio* il processo rieducativo perché una condanna sarebbe avvertita come «profondamente ingiusta», la Corte osserva che nel caso di specie si versa proprio in una situazione del genere.

Decisamente importante nel motivare l'accoglimento appare il richiamo alla precedente sentenza n. 31 del 2012, in cui la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 cod. pen. nella parte in cui stabiliva che proprio in caso di condanna del genitore per il delitto di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen.

⁵² V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. Dir. Aggiornamento VI*, Milano, 2002, 871 ss., 910.

⁵³ Punto 1.2 del *Ritenuto in fatto*.

⁵⁴ Al punto che la Corte giunge ad esempio a rigettare quello per cui le trasformazioni normative, tecniche e scientifiche intercorse dalla redazione del codice penale del 1930 avrebbero dovuto indurre a considerare ormai scemata la gravità originariamente imputata alla condotta e il relativo allarme sociale in quanto i) nonostante la possibilità di un esame del DNA, chi è vittima di alterazione di stato potrebbe neppure dubitare delle proprie origini e ii) le riforme intercorse nel diritto di famiglia, riguardando le ‘prove tecniche’ relative all'accertamento del DNA, non inciderebbero del pari in alcun modo sul disvalore della condotta sanzionata dalla norma (punto 4.1 del *Considerato in diritto*).

⁵⁵ Punto 4.2 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri.

⁵⁶ Si richiamano la sentenza n. 409 del 1989 e la sentenza n. 341 del 1994.

conseguisse l'automatica perdita della responsabilità genitoriale. Qui la Corte aveva infatti evidenziato che il delitto di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen. «non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio» nei confronti degli interessi dei minori. Ed è a questo argomento che il Giudice delle Leggi lega il decisivo rilievo per cui in quel precedente si riconosca l'impossibilità di escludere «che il reo sia guidato dal fine, non già di pregiudicare, bensì di favorire, sia pur commettendo un reato, l'interesse del neonato»; un'ipotesi nella quale la sproporzione sanzionatoria «si rivela con nettezza». A questo punto segue un'interessante precisazione: la Corte, pur ammettendo che ai fini del suo giudizio non ha rilievo l'accertare se nel processo principale la condotta dell'imputato fosse stata effettivamente guidata dal fine di favorire gli interessi del neonato, magari per «attribuirgli un legame familiare altrimenti assente», riconosce che proprio il minimo edittale elevato impone al giudice, *anche* nel caso in cui l'agente sia animato da un fine tanto nobile, di comminare una pena «irragionevolmente sproporzionata per eccesso». La conclusione, è che la condanna a una pena di simile entità è illegittima, perché «ingenera nel condannato la convinzione di essere vittima di un ingiusto sopruso, sentimento che osta all'inizio di qualunque efficace processo rieducativo»⁵⁷. Com'è agevole notare, si tratta in gran parte di argomenti di giustizia sostanziale. Ma la Corte sembra tenere a puntualizzare che proprio di questo si tratta, e non di un giudizio relazionale, con una comparazione con fattispecie attigue che, al più, può soltanto confermare la conclusione già raggiunta:

Rimane fermo che le questioni all'attuale esame sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertium comparationis*⁵⁸.

Una puntualizzazione che si lega all'ulteriore, assai significativo modo argomentativo che consente alla Corte di superare l'ipotetica obiezione di aver in precedenza rigettato – addirittura per manifesta infondatezza – la medesima questione per violazione dell'art. 3 Cost. (ordinanza n. 106 del 2007), posta individuando come *tertium comparationis* la fattispecie descritta nel primo comma, la quale, nel 2016, verrà tuttavia utilizzata come indice legislativo per la parte ricostruttiva. Il passaggio è assai significativo:

il diverso esito delle questioni all'attuale esame è sollecitato dall'aver il giudice a quo richiesto uno scrutinio di costituzionalità imperniato sulla manifesta irragionevolezza intrinseca della risposta sanzionatoria stabilita dalla norma censurata, sotto il profilo della proporzionalità tra severità della cornice edittale e disvalore della condotta, con ulteriore riferimento alla vanificazione, determinata dall'entità eccessiva della sanzione, della finalizzazione rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27 Cost.

⁵⁷ Punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸ Punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

Si tratta com'è evidente della decisiva individuazione di un nuovo parametro: né più né meno. Il resto dell'apparato argomentativo è funzionale semplicemente a precisare i termini di una questione il cui esito è segnato. E così, torna il richiamo della discrezionalità legislativa nelle scelte di dosimetria sanzionatoria penale, non appartenenti alla Corte perché «tipicamente spettanti alla rappresentanza politica» alla luce della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., e viene ribadita la relativa, costante giurisprudenza «che in tale materia tutela la discrezionalità del legislatore, salvo il sindacato di costituzionalità su scelte palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate». Ma qui, la parentesi sulla discrezionalità legislativa si chiude ancora con un argomento funzionale a superarla: la sussistenza di sintomi di manifesta irragionevolezza per sproporzione sanzionatoria e l'invocazione di un intervento della Corte «*a fini di giustizia*» giustificano infatti una simile operazione⁵⁹.

... laddove emergano sintomi di manifesta irragionevolezza, per sproporzione, di un trattamento sanzionatorio, e l'intervento della Corte costituzionale sia invocato, a fini di giustizia, dai giudici a quibus, questo è possibile, al ricorrere di determinate condizioni. Per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta (sentenza n. 22 del 2007) in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso *precisi punti di riferimento*, già *rinvenibili nel sistema legislativo*⁶⁰.

Il seguito si incentra dunque sulla necessità di condurre l'intervento ricostruttivo intorno all'individuazione di questi «precisi punti di riferimento», idonei a sanare il *vulnus* alla legalità costituzionale. *Si giunge così all'utilizzo del tertium comparationis ma* – ed è questo il punto veramente rilevante – *non più in funzione valutativa della ragionevolezza della sanzione*, o almeno non in misura decisiva, *quanto piuttosto in funzione ricostruttiva*⁶¹. Un indice ricostruttivo individuato

⁵⁹ Osserva F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 70 che l'approccio seguito dalla sentenza n. 236 del 2016 marcherebbe «un netto stacco» rispetto a quello della già citata sentenza n. 68 del 2012, il quale era invece totalmente imperniato intorno alla comparazione fra la cornice edittale censurata e la pena prevista per una fattispecie molto prossima, collocandosi invece in un posizione assai più affine agli schemi decisorii di cui alle sentenze n. 343 del 1993 e n. 341 del 1994, dove l'argomentazione era incentrata sulla sproporzione fra le sofferenze derivanti dalla pena e il disvalore del fatto di reato. In effetti, com'è stato fatto notare già in sede di commento alla stessa sentenza del 2012 da C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso – troppo? – sul serio»*, in *Giur. cost.*, 2012, 909, nonostante «il problema» fosse rappresentato dalla sproporzione fra gravità dei fatti in astratto riconducibili alla fattispecie e la gravità della pena prevista, la *ratio decidendi* di quella pronuncia risiedeva essenzialmente nel giudizio di comparazione con il *tertium comparationis* indicato dal giudice rimettente.

⁶⁰ Punto 4.4 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro.

⁶¹ Nella penalistica si è osservato che nelle linee giurisprudenziali più recenti, in realtà, la logica sottesa allo schema triadico non vorrebbe meno, ma sarebbe solo mutata, in quanto il raffronto con una fattispecie simile «risale il flusso logico-argomentativo, e si inserisce nel generale giudizio sulla irragionevolezza della scelta discrezionale del legislatore, salvo poi tornare in gioco... come fattore di ancoraggio della “scelta” di una pena alternativa ad opera della Consulta» (così G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, 2018, consultabile in

proprio in quella pena prevista per la fattispecie di cui al primo comma rispetto alla quale, nel 2007, la Corte aveva escluso si configurasse una disparità di trattamento con la pena ritenuta invece illegittima in questa sentenza.

Il Giudice delle Leggi osserva infatti che le due fattispecie «non sono identiche, ma non possono considerarsi del tutto disomogenee», in quanto idonee a proteggere – come già affermato nell’ordinanza n. 106 del 2007 – un medesimo bene giuridico. Le due fattispecie presentano dunque «non irrilevanti tratti comuni»⁶²: di conseguenza, la sostituzione della cornice edittale censurata con quella prevista dal primo comma risponde perfettamente all’individuazione di «grandezze già rinvenibili nell’ordinamento»⁶³. Passi che sembrano segnare un significativo allontanamento dalla logica delle ‘rime obbligate’ – allontanamento i cui prodromi giurisprudenziali erano peraltro già stati posti anni addietro⁶⁴ – anche se, va detto, non tutti concordano nel vedere in questa pronuncia il primo vero punto di rottura con la teoria elaborata da Crisafulli⁶⁵; in ogni caso, un ulteriore e decisivo passo in avanti in questo senso sarebbe giunto due anni dopo, come diremo a breve.

Curiosamente, la Corte non si limita a rimanere nei binari tracciati dal *petitum*, sostituendo soltanto il minimo edittale (tre anni di reclusione anziché cinque) ma

<https://www.treccani.it>).

⁶² Punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

⁶³ Punto 5 del *Considerato in diritto*. In realtà, nella sentenza n. 148 del 2016 ivi richiamata, la Corte utilizza l’argomento delle «grandezze già rinvenibili nell’ordinamento» proprio argomentando un’inammissibilità per mancanza di ‘rime obbligate’.

⁶⁴ Si legge nella sentenza n. 113 del 2011 (rel. Frigo) che ha introdotto la cosiddetta ‘revisione europea’: «Posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. Né, per risalente rilievo di questa Corte (sentenza n. 59 del 1958), può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall’altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione» (punto 8 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra). Commentando questo passo, L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 366 ss. ha rilevato che «la Corte, affermando la inevitabilità del suo intervento quando in gioco vi sono i diritti fondamentali, ha impiantato nell’ordinamento i germi o i semi... del poderoso attacco alla discrezionalità del legislatore in materia penale, rispetto alla quale il giudice delle leggi, nei trascorsi della propria attività, aveva, invece, mostrato di nutrire la più alta deferenza». L’Autore citato conclude che tanto la dottrina delle ‘rime obbligate’ quanto quella sul *self-restraint* della Corte sarebbero figlie del «mito, fondativo dello Stato moderno, del legislatore rappresentativo quale fulcro e motore dell’ordinamento, unico attore istituzionale che può e deve contemperare e disciplinare l’assetto degli interessi socialmente rilevanti». Idea, evidentemente, in buona parte – ma si badi, a nostro avviso non del tutto – relegata ormai, appunto, alle categorie mitologiche.

⁶⁵ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., 66 ha ad esempio osservato «la sent. n. 236 del 2016 non può a pieno titolo considerarsi come apripista del mutato orientamento consolidatosi negli anni 2018 e 2019» perché da un lato la sostituzione è avvenuta rimanendo all’interno dell’art. 567 cod. pen. e dall’altro perché la disciplina censurata non era stata oggetto di un precedente monito «essendosi anzi la Corte espressa per la manifesta infondatezza di analoga questione (ord. n. 106 del 2007)». Come si vedrà, il precedente monito inascoltato rappresenta infatti uno degli elementi chiave della rimodulazione della dottrina delle ‘rime obbligate’.

procede alla sostituzione dello stesso massimo (che passa dunque da quindici a dieci anni di reclusione). Sfogliando la pronuncia non si rinvencono spiegazioni di una simile operazione. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, è assai verosimile un'ipotesi acutamente formulata in letteratura, per cui la Corte avrebbe in tal modo voluto evitare il formarsi di una divaricazione sanzionatoria fra minimo e massimo eccessivamente ampia, tale così da vulnerare la legalità penale alla luce dell'attribuzione di un'enorme latitudine interpretativa al giudice che la sostituzione del solo minimo avrebbe ingenerato⁶⁶.

La pronuncia si chiude infine con l'auspicio di un intervento del legislatore che rimediti a un livello più profondo e generale l'insieme dei delitti di alterazione di stato, al fine di diversificare la risposta sanzionatoria in termini che lo stesso ritenga adeguati⁶⁷.

Dovendo trarre un bilancio da questo specifico giudizio diadico sulla proporzionalità della pena, condotto «per linee interne»⁶⁸, diremmo che probabilmente non va troppo lontano dal vero chi, guardando alla struttura dello stesso con particolare attenzione, lo ha definito un giudizio «incompiuto»⁶⁹. Infatti, l'individuazione del *tertium* è sembrata anche in questo caso necessaria – seppur, lo ribadiamo, non in funzione argomentativa per la parte demolitoria⁷⁰ – non potendo la Corte dichiarare l'illegittimità se non ricostruendo la cornice «in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento». Si tratta in altri termini di dimostrare «una continuità ordinamentale ricostruita dalla Corte stessa *a posteriori*, come momento cioè distinto dalle ragioni determinatrici dell'incostituzionalità»⁷¹.

Com'è stato del resto osservato, nonostante il passaggio della fattispecie comparativa da termine di valutazione a semplice «sostitutivo sanzionatorio», e dunque «mero *terminus ad quem* e non più *starting point*» del vaglio di proporzionalità, il *tertium* rimane assolutamente centrale nel giudizio, conservando «un inevitabile ruolo orientativo». Infatti, «ciò che limita, almeno in parte, fonda», e l'eventuale assenza di una fattispecie comparativa implica, da un lato, un incremento notevole delle difficoltà di dar corpo alla parte ricostruttiva della sentenza, e dall'altro una complicazione ulteriore del percorso argomentativo funzionale all'accoglimento⁷².

Chiudendo il cerchio su questo *leading case*, sentiamo comunque di condividere l'osservazione di chi, guardando a questo specifico giudizio, ha osservato che «il vero nodo della questione»⁷³ è la problematica dell'offensività e della sua

⁶⁶ S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena*, cit., 18 ss., 28.

⁶⁷ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ Punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹ S. LEONE, *op. ult. cit.*, 29.

⁷⁰ Parla di una struttura in due parti – una demolitoria e una ricostruttiva – delle sentenze cosiddette «manipolative» N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. 4. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, 1977, 633.

⁷¹ Così G. REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale. Profili processuali*, in *Dir. e Soc.*, 4, 2019, 608.

⁷² V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6, 2016, 2110 ss.

⁷³ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2111.

funzionalità valutativo-ermeneutica nel giudizio sulla sproporzione delle pene. Un punto che disvela scenari di rara complessità, sui quali torneremo necessariamente più oltre.

Dopo questo importante apprendimento giurisprudenziale «nella valorizzazione del principio di proporzione»⁷⁴, la Corte costituzionale – chiamata di volta in volta in causa in questi termini dai giudici rimettenti – ha dato continuità all’impostazione diadica del giudizio di ragionevolezza delle sanzioni giungendo a significativi accoglimenti, in percorsi argomentativi in cui la stessa – pur ribadendo la possibilità per il legislatore di intervenire in qualsiasi momento per individuare nella sua discrezionalità soluzioni sanzionatorie ritenute più congrue – ha fatto in vario modo leva su indici valutativi di vario tipo. E così, essa ha posto l’accento ora sulla necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio rispetto alla quale una pena fissa si pone con facilità in contrasto⁷⁵, ora sul disvalore soggettivo attenuato alla luce di una capacità di intendere e di volere che la scienza medico-forense stima essere diminuita dalla «presenza di patologie o significativi disturbi della personalità»⁷⁶, ora sull’accertamento di una «zona grigia» in cui varie fattispecie di reato si collocano, rispetto alle quali non può essere considerata legittima l’esistenza di un «vasto iato sanzionatorio» in grado di vincolare il giudice alla comminazione di pene anche drasticamente differenti in ragione della specifica sussunzione del fatto in una fattispecie piuttosto che in un’altra⁷⁷.

Proprio l’ultimo *topos* argomentativo richiamato pone in primo piano *la centralità della questione dell’offensività negli snodi ermeneutici propri del giudizio diadico*, che in questo caso si pone certamente in una posizione funzionalmente prossima in termini di topica giuridica all’argomento egualitario ma al contempo se ne allontana nella misura in cui dirimente nel discorso della Corte costituzionale è l’impossibilità concreta per il giudice comune di comminare una pena che possa dirsi proporzionata rispetto all’effettivo disvalore del fatto. In breve, *la dimensione concreta del caso al centro del giudizio principale fa un’improvvisa, dirompente, decisiva irruzione all’interno di un giudizio costituzionale originariamente concepito in chiave spiccatamente astratta*. La doppia dimensione, concreta e astratta del principio di offensività del reato, non è più il grimaldello attraverso il quale la Corte può lasciare la risoluzione di una situazione in cui sorgano dubbi di costituzionalità al giudice; di essa non viene più sottolineata la distinzione concettuale fra le due dimensioni, ma il ponte funzionale che le unisce. Un ponte sul quale riposano differenti possibilità d’intervento della Corte e del giudice, facendo dunque sì che la valutazione dell’offensività attraverso indici variamente

⁷⁴ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 51.

⁷⁵ È il caso della sentenza n. 222 del 2018 (rel. Viganò) in tema di pene accessorie in caso di condanna per bancarotta fraudolenta. Si tratta di un caso sul quale avremo modo di soffermarci più diffusamente nelle prossime pagine trattando di pene fisse.

⁷⁶ È il caso della sentenza n. 73 del 2020 (rel. Viganò) in tema di recidiva, dove si legge che «il quantum di disvalore soggettivo dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell’autore, rendendolo più o meno rimproverabile» (punto 4.2 del *Considerato in diritto*).

⁷⁷ È il caso della sentenza n. 40 del 2019 (rel. Cartabia) in tema di traffico di sostanze stupefacenti.

individuati divenga la condizione che può portare a ritenere la pena incostituzionale⁷⁸. La pregnanza valutativa di un simile giudizio sul piano del merito dell'opzione legislativa è evidentemente altissima.

Verrebbe a questo punto da osservare – anticipando una riflessione che svilupperemo compiutamente più oltre – che, a differenza dei paradigmi giurisprudenziali consolidatisi in passato, *le declinazioni del giudizio sulla proporzione della pena rispetto al fatto riflettono una profonda incidenza della normatività dei principi del diritto costituzionale penale, i quali conformano e limitano in maniera peculiare a un tempo la funzione legislativa, l'interpretazione e applicazione giudiziale e lo stesso giudizio costituzionale*. In una parola: gli organi sono diversi per funzioni e struttura, ma il dover essere costituzionale che li accomuna è unico e inscindibile, e in questo tipo di giudizio squaderna una normatività in passato molto meno dirompente. Il che segna almeno in via tendenziale uno scarto significativo col tradizionale giudizio triadico, dove pure la presenza di forti valutazioni di merito si accompagna al più o meno solido appoggio su una fattispecie comparativa e ai moduli argomentativi del sindacato di eguaglianza, i quali – prendendo in prestito una nota immagine di Carlo Mezzanotte riferita al giudizio sui conflitti fra poteri – tendono ad abbassare il 'tenore costituzionale' della questione⁷⁹.

3.2. La sentenza n. 222 del 2018 in tema di bancarotta e le pene fisse.

Procedendo nella nostra rassegna sul modello diadico del giudizio sulla proporzionalità delle pene, incontriamo poi importanti pronunce recenti incentrate sul tema delle sanzioni fisse. Sul punto è però anzitutto necessaria una premessa dettata da ragioni di ordine espositivo.

Le pene fisse rientrano infatti a pieno titolo all'interno del filone giurisprudenziale relativo agli automatismi legislativi, ovverosia – per utilizzare la definizione fornita dallo studio attualmente più completo sul tema – quelle norme che si presentano come «condizioni sufficienti per la soluzione di un determinato problema giuridico», il che significa che «verificatasi l'ipotesi descritta dalla norma, si applica la conseguenza dalla stessa norma stabilita, pur se essa presenta delle caratteristiche tali che richiederebbero, alla luce del quadro costituzionale di riferimento, una differente disciplina giuridica»⁸⁰. Come è evidente, c'è però una

⁷⁸ Seppure, osserva V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, in Id. e V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, cit., 370, la stessa sentenza n. 236 del 2016 sembra trascurare «la ricerca di più profilati criteri di declinazione della proporzionalità dell'opzione incriminatrice», rispetto alla quale l'Autore nota in relazione ad altre esperienze (e.g.: la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea) «un certo ritardo», sottolineando come altrove la proporzionalità consentirebbe di assurgere addirittura a «canone di giustificazione dell'an, prima ancora che del *quomodo* e del *quantum*, punitivo».

⁷⁹ Rileva infatti R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 341 ss., proprio riprendendo l'immagine di Mezzanotte, che ciò avverrebbe perché in questo caso «il giudice costituzionale si trova a compiere operazioni più vicine all'interpretazione (analogica) delle leggi che al giudizio di legittimità, in quanto consistono in correzioni estensive o restrittive (per lo più a mezzo di pronunce "interpretative", appunto) delle classificazioni legislative».

⁸⁰ L. PACE, *L'adequatezza della legge e gli automatismi*, cit., 71.

grande prossimità fra le logiche del giudizio sulla proporzione sanzionatoria e quelle sugli automatismi sanzionatori, perché in ambo i casi l'incedere delle valutazioni della Corte è orientato dal canone di ragionevolezza.

Ora, il punto è che dedicheremo un'apposita sezione alla giurisprudenza in tema di automatismi poco più oltre, ma alcune pronunce – come sarà a questo punto chiaro – finiscono necessariamente per costituire l'oggetto a un tempo dell'analisi sulle declinazioni del giudizio sulla ragionevolezza intrinseca delle pene e insieme di quella sugli automatismi, che in fondo sono norme delle quali viene accertata l'eventuale illegittimità proprio in seguito a un giudizio di ragionevolezza. Di conseguenza, per mantenere una quantomeno accettabile linearità nell'ordine espositivo, tratteremo già in questa sede di tali pronunce, con l'avvertenza che invece nelle pagine dedicate alla giurisprudenza sugli automatismi queste saranno nuovamente – e molto rapidamente – richiamate soltanto al fine di mettere a sistema le relative linee giurisprudenziali. Ciò detto, possiamo ora tornare al punto in cui avevamo lasciato la nostra analisi: il seguito della sentenza n. 236 del 2016.

Invero, la giurisprudenza costituzionale in tema di pene fisse ha una storia risalente: andando indietro del tempo si potrebbero individuare alcune importanti pronunce già all'inizio degli anni Sessanta⁸¹, essenzialmente impennate intorno al tradizionale argomento dell'ampia discrezionalità legislativa in materia e alla non aprioristica incostituzionalità di pene rigide, considerate spesso legittime per via della possibilità di applicare circostanze attenuanti generiche (art. 62 *bis* cod. pen.) o – nel caso di pena pecuniaria – di ricorrere al potere di aumentare l'ammenda fino al triplo (art. 26, secondo comma, cod. pen.)⁸². E in ogni caso, la problematica delle pene fisse è stata affrontata tradizionalmente per lo più con riguardo rivolto alle pene pecuniarie, seppur – e siamo consapevoli il rilievo sfiori il pleonasma – la più grave pena comminabile nell'ordinamento italiano sia rappresentata proprio dalla pena fissa per antonomasia: l'ergastolo.

In questo filone, una significativa deviazione nei percorsi argomentativi – nonostante il dispositivo di rigetto – è rappresentata dalla già citata sentenza n. 50 del 1980, dove si legge che «l'“individualizzazione della pena, in modo da tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale»⁸³, fra i quali il principio di legalità, la responsabilità personale e il finalismo rieducativo delle pene⁸⁴. Di più. «In linea di principio», osservava ancora la Corte, «previsioni

⁸¹ Pensiamo ad esempio alla sentenza n. 67 del 1963 in tema di frodi in materia di produzione e commercio di prodotti agrari, dove si legge che, «se pure è da ammettere che lo strumento meglio idoneo al conseguimento sia la mobilità della pena, cioè la predeterminazione della medesima da parte del legislatore in modo da contenerla fra un massimo ed un minimo, non può invece ritenersi che esso sia il solo, e che quindi la omissione della sua adozione in singoli casi incida sulla validità della legge che incorra in essa» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

⁸² Si veda, fra le altre, la sentenza n. 160 del 1973 in tema di classificazione e vendita di olii di oliva.

⁸³ Punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁸⁴ In margine alla pronuncia, ne sottolineava i tratti di «novità» sul piano argomentativo C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1981, 726 ss., evidenziando che prima di questa il precedente più prossimo in tema di pene fisse risaliva addirittura all'inizio degli anni Sessanta, e che in ogni caso la legittimità costituzionale delle pene

sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale; ed il dubbio d’illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell’illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” *rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato*»⁸⁵. Un precedente assai importante, per lo meno sul piano argomentativo, sul quale si è di recente innestata la sentenza n. 222 del 2018 (rel. Viganò), che rappresenta l’ideale sviluppo di apprendimenti già raggiunti con la sentenza n. 236 del 2016.

La Corte, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell’automatismo sanzionatorio delle pene accessorie fisse previsto in caso di condanna per bancarotta fraudolenta, accoglie la questione prospettata dalla Corte di cassazione sviluppando alcuni luoghi argomentativi già emersi proprio nella sentenza del 1980 ed enfatizzando la necessità di individualizzazione della pena:

Affinché poi la pena inflitta al singolo condannato *non risulti sproporzionata in relazione alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto da lui commesso*, il legislatore stabilisce normalmente che la pena debba essere commisurata dal giudice tra un minimo e un massimo... in modo da assicurare altresì che la pena appaia una risposta – oltre che non sproporzionata – *il più possibile “individualizzata”, e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato*, in attuazione del mandato costituzionale di “personalità” della responsabilità penale di cui all’art. 27, primo comma, Cost.⁸⁶

Assai marcato, qui, il richiamo al carattere personale della responsabilità penale, cui si aggiunge più oltre l’ulteriore riferimento al finalismo rieducativo⁸⁷: l’interrelazione funzionale di questi principi è senz’altro interessante, seppure non costituisca certo una novità assoluta. Possiamo anzi cogliere alcuni tratti di continuità con la giurisprudenza passata – e in particolare con la già citata sentenza del 1980 – proprio nell’argomento per cui, affinché una pena fissa sia considerata compatibile con la legalità costituzionale, è necessario che non si traduca in un trattamento sanzionatorio indiscriminatamente omogeneo per una serie di fatti

fisse si era fino a quel momento retta su una lettura decisamente minimalista dell’art. 27, primo e secondo comma, Cost., accompagnata dal particolare rilievo assegnato all’applicabilità delle circostanze attenuanti generiche. In particolare, l’Autore sottolineava come importante novità nella pronuncia la valorizzazione del «*diretto collegamento*» fra il problema delle pene fisse e il principio d’eguaglianza, enfatizzando la consapevolezza mostrata dalla Corte nella necessità costituzionale che la funzione legislativa consenta un’adeguata latitudine operativa al giudice al fine di individualizzare la sanzione penale in consonanza con le circostanze del caso concreto.

⁸⁵ Punto 4 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro. Osservano G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II*, cit., 183, che in questa sentenza «le esigenze del caso concreto, pur in assoluto, trovano un riconoscimento importante che porta a una sorta di rovesciamento dell’onere della prova in conformità alla Costituzione delle pene fisse».

⁸⁶ Punto 7.1 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri. Qui la Corte richiama fra i vari precedenti, un noto passo della sentenza n. 104 del 1968, dove si afferma che «l’attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l’uniformità». Ricorderà il lettore come proprio al concetto aristotelico di giustizia distributiva si leghi l’idea di proporzione.

⁸⁷ Punto 8.3 del *Considerato in diritto*.

portatori di un significativamente differente grado di offensività. E tuttavia, va pure osservato come nonostante le pene fisse siano state inquadrate nella giurisprudenza consolidata come ammantate da una sorta di pregiudizio d'illegittimità costituzionale, assai rari siano stati i casi di accoglimenti delle questioni prospettate alla Corte⁸⁸, e forse anche in questo risiede l'importanza della decisione n. 222 del 2018.

Pronuncia che si segnala peraltro anche per il superamento – o se si preferisce, rimodulazione – della costruzione teorica delle rime obbligate, accantonando dunque l'argomento delle «soluzioni costituzionalmente obbligate» su cui fondare una 'non-risposta', ritenendolo non più in grado di giustificare la preclusione di un intervento nel merito. Di fronte a un'eccezione di inammissibilità posta dall'avvocatura dello stato per mancanza di una rima obbligata, la Corte osserva infatti che essa deve essere respinta «alla luce di una complessiva rimediazione dei termini della questione», una rimediazione dettata da un lato da un precedente monito rimasto inascoltato⁸⁹ e dall'altro dalla stessa evoluzione della giurisprudenza sulla misura delle pene⁹⁰. Da qui, l'esplicitazione del carattere non più dirimente della presenza di una rima obbligata cui agganciare la parte ricostruttiva del proprio intervento.

...non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come tertium comparationis. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti" (sentenza n. 236 del

⁸⁸ In una ricerca sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale condotta dieci anni fa, ancora si osservava che «la Corte costituzionale, pur facendo intendere chiaramente di preferire la scelta del legislatore di determinare il *quantum* di pena tra un minimo e un massimo edittale, al fine di consentire all'autorità giudiziaria di individualizzare e proporzionare le sanzioni in concreto da irrogare, e quindi di considerare al limite della legalità le pene pecuniarie fisse e proporzionali, non si è mai spinta, almeno in quelle poche volte che è stata chiamata a giudicare nel merito, a dichiararne l'illegittimità, trincerandosi, in sostanza, dietro alla mancata lesione del canone di ragionevolezza» (F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 205 ss.). I primi accoglimenti sarebbero poi arrivati con le sentenze n. 31 del 2012 sull'automatica comminazione della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale in caso di condanna del genitore per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen. e n. 7 del 2013 su un'analoga questione afferente però al caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di soppressione di stato di cui all'art. 566, secondo comma, cod. pen., stante la preclusione al giudice di «ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto». Fra le pronunce che hanno negli anni fatto salva la discrezionalità legislativa nel prevedere pene fisse si vedano invece, fra le altre, le sentenze n. 188 del 1982, n. 252 del 2012, n. 186 del 2014 e le ordinanze n. 475 del 2002, n. 91 del 2008, n. 134 del 2012 (che rappresenta un diretto precedente della sentenza n. 222 del 2018, conclusosi tuttavia con una dichiarazione d'inammissibilità per discrezionalità legislativa) e n. 208 del 2012 (altro diretto precedente conclusosi con la dichiarazione d'inammissibilità per assenza di 'rime obbligate').

⁸⁹ «... il legislatore non ha provveduto a quella "riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma", auspicata da questa Corte nella sentenza n. 134 del 2012».

⁹⁰ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – *che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima*; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell’immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia⁹¹.

La Corte argomenta poi sulla manifesta sproporzione, osservando che il vizio implica l’illegittimità costituzionale non cade tanto sulla sproporzione sanzionatoria delle pene accessorie previste dalla disposizione rispetto a tutte le ipotesi fattuali riconducibili alla fattispecie di bancarotta fraudolenta, «bensì nella fissazione di una loro unica e indifferenziata durata legale, che – precludendo al giudice ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità del reato e sulle condizioni personali del condannato – è suscettibile di tradursi nell’inflizione di pene accessorie manifestamente sproporzionate rispetto a quelle sole ipotesi di bancarotta fraudolenta che siano caratterizzate da un disvalore comparativamente lieve»⁹². Un tipico *topos* argomentativo della giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi: com’è stato osservato, «è il carattere fisso della pena accessoria a viziare la norma che la esprime, in quanto non consente la sua adattabilità alla varietà dei casi che possono rientrare nel suo ambito di applicazione»⁹³.

È interessante osservare come nella pronuncia in esame la Corte costituzionale finisca per scartare l’ipotesi ricostruttiva individuata dalla Corte di cassazione – ablazione dell’inciso «per la durata di dieci anni» ed espansione della regola residuale *ex art. 37 cod. pen.*⁹⁴ – ricorrendo all’argomento della volontà del legislatore storico, che avrebbe inteso punire «in modo severo» i fatti di bancarotta fraudolenta⁹⁵, alla luce della quale la ‘rima possibile’ indicata dal giudice *a quo*

⁹¹ Punto 8.1 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

⁹² Punto 8.3 del *Considerato in diritto*.

⁹³ L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 281.

⁹⁴ «Quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta, o che dovrebbe scontarsi, nel caso di conversione, per insolubilità del condannato. Tuttavia, in nessun caso essa può oltrepassare il limite minimo e quello massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria».

⁹⁵ La Corte ripercorre le vicende storiche dei reati di bancarotta, richiamando l’art. 861 cod. comm. del 1882 che già prevedeva la pena dell’inabilitazione perpetua dall’esercizio della professione di mercante, sanzione modificata senso meno afflittivo con la legge n. 995 del 1930 («Disposizioni sul fallimento, sul concordato preventivo, e sui piccoli fallimenti») che prevedeva che la durata dell’inabilitazione fosse stabilita fra un minimo di cinque e un massimo di cinque anni, fino al nuovo inasprimento con la previsione della pena accessoria fissa della durata di dieci anni con la legge fallimentare del 1942. «La scelta legislativa compiuta nel 1942», osserva la Corte, «sottende l’idea di una funzione almeno in parte distinta di queste pene accessorie rispetto alle funzioni proprie della reclusione: ciò che ne giustifica, nell’ottica del legislatore storico – e in consapevole difformità rispetto alla regola residuale di cui all’art. 37 cod. pen., già esistente nel 1942 –, una durata di regola maggiore rispetto a quella della pena detentiva concretamente inflitta. Una simile prospettiva, che assegna alle pene accessorie una funzione almeno in parte distinta rispetto a quella delle pene detentive, e marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa – imperniata sull’interdizione del condannato da quelle attività che gli hanno fornito l’occasione per commettere gravi reati –, è di per sé immune da censure sotto il profilo della sua legittimità costituzionale» (punto 8.3 del *Considerato in diritto*).

«frustrerebbe, allora, indebitamente il legittimo scopo perseguito dalla disposizione impugnata»⁹⁶. E così, anziché limitarsi a un'ablazione dell'inciso «per la durata di dieci anni»⁹⁷ contenuto nella disposizione censurata – che avrebbe determinato l'espandersi della disciplina prevista dall'art. 37 cod. pen., con la conseguente equiparazione della durata con quella pena principale – la Corte osserva che lo specifico tessuto normativo dei reati fallimentari offre «una diversa soluzione, in grado di sostituirsi a quella prevista dalla disposizione in questa sede censurata», come del resto quella proposta dalla Corte di cassazione, ma a differenza di questa in grado «di *inserirsi al tempo stesso armonicamente all'interno della logica già seguita dal legislatore*, al netto del riscontrato vizio di costituzionalità»⁹⁸. Soluzione rinvenuta negli articoli immediatamente successivi, il 217 («Bancarotta semplice») e 218 («Ricorso abusivo al credito») legge fall., dov'è previsto che la durata delle pene accessorie sia determinata dal giudice «fino a» un massimo fissato dalla legge – rispettivamente, due anni nel caso della bancarotta semplice, tre anni nel caso del ricorso abusivo al credito.

Il principale argomento usato per dissociarsi dall'indicazione della Cassazione è a suo modo interessante, e apparentemente rispettoso delle prerogative legislative. Tuttavia, atteso che l'indifferenza rispetto a opzioni ermeneutiche conservatrici o progressiste è propria della sola interpretazione costituzionale⁹⁹, viene pure da chiedersi quanto fosse giustificabile – e quanto dettata da istanze di dover essere costituzionale – la conduzione di un'interpretazione 'originalista' di una legge del 1942 al fine di individuare la *ratio* complessiva di una disposizione in essa contenuta, declinata sull'argomento dell'intenzione del legislatore storico¹⁰⁰, funzionale in realtà a individuare la 'rima possibile' in una soluzione che lascia ampio margine operativo al giudice come la previsione di una durata «fino a» dieci anni a seguito di condanna anziché in quello che la Corte definisce «un diverso automatismo»¹⁰¹. Differenti argomenti avrebbero forse potuto meglio sostenere il rigetto della soluzione ricostruttiva proposta dalla Cassazione¹⁰², *in primis* il

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ «... la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa *per la durata di dieci anni* l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa» (in corsivo la proposta di ablazione).

⁹⁸ Punto 8.4 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro.

⁹⁹ È questa la tesi che trascorre la ricerca di A. LONGO, *Tempo, interpretazione, costituzione. I. Premesse teoriche*, II ed., Napoli, 2016, spec. 410 ss.

¹⁰⁰ Ci rendiamo perfettamente conto della peculiarità della corrente dell'originalismo, nata in seno alla cultura giuridica statunitense, e di un certo tasso di improprietà nel riferirsi ad essa in un differente contesto. Riprendendo tuttavia la definizione enucleata da A. LONGO, *Tempo, interpretazione, costituzione*, cit., 114 ss. proprio nell'ottica di inquadrare questa impostazione interpretativa in una prospettiva in grado di prescindere dallo specifico contesto nordamericano, possiamo parlare in questo caso di un argomento, quello dell'intenzione del legislatore storico, che alla luce del suo essere contraddistinto dal suo «*opporsi all'influenza del tempo sulla norma*» può essere ricondotto nella categoria dell'interpretazione originalista «in senso forte».

¹⁰¹ In realtà, in letteratura penalistica non si è mancato di osservare che «la fissità non ammette discrezionalità; l'ancoraggio alla pena principale, sì» (R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019, 150).

¹⁰² Si tratta peraltro di un argomento che, secondo l'insegnamento di Chaïm PERELMAN, *Logique juridique*, Paris, 1976, tr. it. *Logica giuridica nuova retorica*, a cura di G. Crifò, Milano, 1979, 226 ss., non è esente da fortissime problematiche tanto sul piano ricostruttivo dell'effettiva volontà del

richiamo ai principi costituzionali; anche perché sembra tutt'altro che pacifico che la salvaguardia della *ratio* storica di una scelta di politica criminale del 1942 possa linearmente fungere da base argomentativa di un discorso di *opportunità* costituzionale, specie alla luce dell'elevatissimo grado di afflittività esercitato sui diritti fondamentali attraverso simili pene accessorie.

Va poi osservato che, sebbene sia senz'altro da accogliere con favore l'intenzione di attenuare la rigidità delle sanzioni, la latitudine valutativa del giudice viene così ampliata anche al costo di mettere lo stesso nelle condizioni di comminare pene accessorie dalla durata più ampia – e in grado di comprimere dunque più gravemente gli innumerevoli diritti fondamentali sulle quali queste notoriamente incidono¹⁰³ – rispetto a quelle che avrebbe dovuto necessariamente comminare nel caso in cui la Corte costituzionale avesse optato per la soluzione prospettata dalla Cassazione¹⁰⁴. In definitiva, *a una scelta di maggiore flessibilizzazione della legge*

legislatore storico, specie quando alla redazione della legge hanno lavorato in tanti, quanto su quello applicativo nel caso in cui il giudice voglia utilizzarlo per colmare lacune – così che «egli è condotto a elaborare delle soluzioni conformi al suo senso di equità, svincolate dai limiti legali, con tutti i pericoli di soggettività e di arbitrio che tale soluzione comporta» – e che perciò sarebbe meglio accantonarlo, rifacendosi invece all'intenzione del legislatore attuale. E non è poi senza significato che fra le varie implicazioni problematiche legate all'uso di questo *topos* argomentativo rientri – oltre a quella evidente dell'efficacia persuasiva progressivamente calante col passare del tempo – il suo rendere «impossibile compiere quelle operazioni di scomposizione e ricomposizione degli enunciati legislativi prodotti in tempi ed in settori diversi, che consentono agli operatori giuridici di variamente adattare e piegare il complesso legislativo a scopi mutevoli pur nel permanere degli stessi enunciati», come insegna magistralmente G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 364 ss. Crediamo che proprio quest'ultimo punto restituisca tutta l'intrinseca problematicità del legare la scelta di un'opzione ricostruttiva per assicurare la legalità costituzionale in luogo di un'altra a – pur plausibili ricostruzioni delle – impostazioni di politica criminale orientate da un'assiologia antitetica a quella della Costituzione repubblicana. Del resto, è interessante osservare come *proprio questo argomento marcatamente conservatore nell'interpretazione del tessuto legislativo ordinario sia in questo caso funzionale alla scelta dell'opzione ricostruttiva con la quale modificarlo, portando infine proprio a un sostanziale ribaltamento della sua stessa ratio 'storica'*: si passa infatti, con la sentenza ricostruttiva della Corte, da una pena fissa a una pena compresa fra un minimo e un massimo; da una pena tipicamente propria di contesti storico-politici connotati da una profonda sfiducia nell'operato del giudice (pensiamo al *Code pénal* rivoluzionario del 1791, che introdusse il regime delle pene fisse superando l'*arbitraire* giudiziario dell'*Ancien Régime*) a una pena che invece ha storicamente presupposto il superamento del mito del giudice *bouche de la loi* e una intrinseca, maggior fiducia nel suo operare. In definitiva, sotto la specifica luce dell'argomento dell'intenzione del legislatore storico la soluzione individuata dalla Corte costituzionale non sembra necessariamente – e comunque non incontrovertibilmente – preferibile rispetto a quella proposta dalla Cassazione.

¹⁰³ Come peraltro riconosce la stessa Corte osservando che esse «incidono in senso fortemente limitativo su una vasta gamma di diritti fondamentali del condannato» (punto 7.2 del *Considerato in diritto*).

¹⁰⁴ È la stessa Corte costituzionale a riconoscere questa ipotesi prospettando la conseguente estensione del campo applicativo dell'art. 133 in luogo di quello dell'art. 37 cod. pen. cui il giudice potrà far riferimento nella determinazione della durata delle pene accessorie; «durata», sottolinea la Corte, «che potrebbe dunque risultare, in concreto, maggiore di quella della pena detentiva contestualmente inflitta, purché entro il limite massimo di dieci anni. Ciò tenendo conto sia del diverso carico di afflittività, sia della diversa finalità, che caratterizzano le pene accessorie in parola rispetto alla pena detentiva: *diverse afflittività e finalità che suggeriscono, nell'ottica di una piena attuazione dei principi costituzionali che presiedono alla commisurazione della pena, una determinazione giudiziale autonoma delle due tipologie di pena nel caso concreto*» (punto 8.4 del

si accompagna un differente grado di fiducia nell'operare del giudice, cui si è tuttavia legato il tentativo della stessa Corte di avallare una certa interpretazione del tessuto legislativo per come risultante dall'accoglimento della questione in luogo di un'altra¹⁰⁵.

In ogni caso, agli argomenti funzionali a scardinare una costruzione teorica a lungo radicata nella propria giurisprudenza, la Corte aggiunge l'ulteriore, non secondaria e certamente opportuna precisazione per cui il legislatore rimane libero «di intervenire in qualsiasi momento a individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione sanzionatoria, purché rispettosa dei principi costituzionali»¹⁰⁶.

Ed è solo a questo punto che irrompe il *topos* argomentativo attraverso il quale la

Considerato in diritto). Vale la pena precisare che evidenziare questo possibile 'effetto collaterale' non significa certo confutare l'opportunità dell'individuazione di una simile soluzione in sé e per sé, quanto sottolineare gli inevitabili costi sottesi a ogni diversa opzione alla luce del suo specifico impatto sul tessuto legislativo ordinario.

¹⁰⁵ In letteratura si è osservato come a seguito della pronuncia i giudici si fossero ritrovati di fronte alla «difficoltà» di dover scegliere soluzione interpretativa da adottare, se quella prospettata dalla Consulta o quella fino a quel momento consolidatasi nella giurisprudenza dei giudici di Piazza Cavour (P. CHIARAVAGLIO, *Passato, presente e (possibile) futuro delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Leg. pen.*, 23 giugno 2020, 14). Ricaduta pratica della sentenza è stato infatti l'insorgere di un successivo contrasto giurisprudenziale in seno alla Corte di cassazione. Pochi mesi dopo la sentenza della Consulta, le Sezioni Unite sarebbero giunte a superare il precedente orientamento per il quale la pena accessoria dalla durata non espressamente determinata dalla legge avrebbe dovuto essere determinata alla luce della durata di quella principale (Cass. pen., Sez. un., n. 6240 del 2015). Pur asserendo di non sentirsi vincolate alla sentenza della Corte costituzionale «perché non di matrice legislativa» la Cassazione ritiene tuttavia di dovervi aderire in quanto persuasa che le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale siano conformi ai precetti costituzionali e solidamente sostenute sul piano interpretativo, formulando infine il principio di diritto per cui «*le pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.*» (Cass. pen., Sez. un., n. 28910 del 2019, *Suraci e altri*, punto 6 del *Considerato in diritto*). Un interessante esempio di quanto la dinamica ordinamentale sia inevitabilmente condizionata dall'operare congiunto di legislatore, magistratura e Corte costituzionale, anche in una prospettiva diacronicamente situata. Rimane comunque curiosa la modalità con cui la Corte costituzionale ha indotto la Cassazione a rivedere il proprio precedente e prevalente orientamento: nonostante le Sezioni Unite utilizzino argomenti doviziosi per giungere a escludere l'operatività dell'art. 37 cod. pen. anche e soprattutto attraverso richiami ai principi del diritto costituzionale penale e alla giurisprudenza costituzionale in materia, la Consulta, nell'escludere la 'rima possibile' indicata dalla Prima Sezione nell'ordinanza di rimessione, ne aveva anzitutto evidenziato la distonia con il «legittimo intento del legislatore storico», per poi rilevare solo in seconda battuta la tensione con le possibilità di individualizzare il più possibile il trattamento sanzionatorio. Va peraltro osservato che non mancano, nella giurisprudenza di legittimità, pronunce successive a quella delle Sezioni Unite che se ne discostano: si veda ad esempio Cass. pen., Sez. V, n. 37201 del 2019, dove si osserva che limitarsi a interpretare l'art. 216, ultimo comma, legge fall. individuando in esso il limite edittale massimo in dieci anni basterebbe a non contraddire la sentenza della Corte costituzionale, e che l'applicazione da parte del giudice di sanzioni orientate dal meccanismo di cui all'art. 37 cod. pen. in luogo dei criteri ex art. 133 cod. pen. – come indicato dalle Sezioni Unite – non configurerebbe dunque ipotesi di pene illegali le sanzioni così individuate risulterebbero «ricomprese nei limiti edittali, sia perché il diverso parametro promana da un'interpretazione giurisprudenziale» (punto 6 del *Considerato in diritto*).

¹⁰⁶ In letteratura si è detto che questa «concessione» al legislatore sarebbe «indice del limite estremo che la stessa Corte sa di non poter valicare» (A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Riv. AIC*, 4, 2019, 166).

Corte scopre per così dire le carte, quello destinato ad assurgere ad autentico *leitmotiv* delle linee giurisprudenziali più recenti, in quanto valore costituzionale che le legittima e orienta:

Tutto ciò in vista di *una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore*, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima¹⁰⁷.

Ecco dunque che, già a partire da questa pronuncia, alcuni dei principali tratti caratterizzanti di queste linee giurisprudenziali si disvelano: il fatto, dirimente, di un precedente monito rimasto inascoltato; la complessiva evoluzione del giudizio costituzionale sulle pene, anzitutto sul piano del parametro; il carattere sufficiente di soluzioni già esistenti che rappresentino «precisi punti di riferimento» all'interno del tessuto legislativo, non essendo necessario che si tratti di «una norma avente identica struttura e ratio»; la possibilità sempre aperta di un intervento del legislatore nei limiti della propria discrezionalità; la tutela effettiva dei diritti fondamentali che rimarrebbe insoddisfatta se la Corte restasse vincolata «a una rigida esigenza di "rime obbligate"». Tendenza giurisprudenziale ulteriormente confermata in pronunce successive¹⁰⁸.

Qualcuno ha invero condivisibilmente sottolineato l'opportunità di scindere i due piani del giudizio diadico sul *quantum* sanzionatorio e quello sugli automatismi sanzionatori: nel primo caso, infatti, il giudizio avrebbe più spiccate connotazioni politiche proprio per l'assenza di un *tertium comparationis*; nel secondo caso, invece, la latitudine valutativa della Corte sarebbe ridotta dal fatto di doversi necessariamente muovere «all'interno del perimetro della scelta legislativa, essendo rivolto a rendere flessibile contenuti che pure sono già impressi, anche se rigidamente e immutabilmente prestabiliti, in essa»¹⁰⁹.

In ogni caso, la soluzione «sorprendente»¹¹⁰ adottata con la sentenza n. 222 del 2018, definita da qualcuno «una precisa scelta di politica criminale»¹¹¹, non ha mancato di attirare voci – anche aspramente – critiche. Oltre al giudizio per cui il percorso argomentativo con cui la Corte ha scartato la soluzione ricostruttiva

¹⁰⁷ *Ibidem*, enfasi nostra.

¹⁰⁸ Ad esempio, con la di poco successiva sentenza n. 233 del 2018 (rel. Barbera), come si vedrà.

¹⁰⁹ Così L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 287, in un solco argomentativo in cui riprende alcune considerazioni svolte da R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2019, 978 ss.

¹¹⁰ A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2018, par. 6.2, che evidenzia il «deciso cambio di passo» della Corte in materia, sebbene non in un'accezione critica.

¹¹¹ O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, 2022, 86.

indicata dalla Cassazione sarebbe «piuttosto opinabile»¹¹², si è paventato il rischio per cui scegliendo fra più soluzioni costituzionalmente adeguate e al contempo contestando quella proposta dai giudici si avallerebbe implicitamente quella in concreto seguita dalla Corte come «l'unica costituzionalmente possibile», ammantando di illegittimità quella scartata e di conseguenza ingenerare anche nel «legislatore futuro» la convinzione che sia preferibile «una sola opzione, quella da lei adottata»¹¹³. A tali rilievi si sono aggiunti quelli di chi, adducendo una nutrita serie di argomenti, ha osservato che proprio in questo caso sarebbero stati «superati tutti i limiti»¹¹⁴, e di chi ha affermato che questa e altre recenti decisioni in materia penale in cui si è rimodulata la costruzione giurisprudenziale delle rime obbligate rappresenterebbero il «più temerario tentativo di espansione del sindacato, e quindi delle competenze, della Corte costituzionale»¹¹⁵.

In realtà, la stessa insussistenza e insostenibilità teorica della costruzione giurisprudenziale delle rime obbligate¹¹⁶, ci sembra basti a marcare un certo qual eccesso – se non, talvolta, l'esser addirittura fuori fuoco – di alcune delle critiche rivolte alla Corte, al netto dell'opinabilità della soluzione ricostruttiva in sé e per sé. Comunque sia, allargando lo sguardo al di là della specifica pronuncia, ci si potrebbe chiedere se quest'opera di individuazione degli indici manipolativi, così svincolata anche a fronte di rime possibili già indicate con precisione dai giudici rimettenti, risponda ancora alla logica del probabile. Un'altra questione che, nell'attesa di disvelare lo scenario giurisprudenziale complessivo, lasciamo per ora sullo sfondo¹¹⁷.

¹¹² Così, R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità?*, cit., 150 ss. il quale fra i vari rilievi critici mette soprattutto in rilievo il fatto che a suo dire la soluzione prospettata dalla Corte di cassazione sia stata scartata sulla base di un argomento, quello della «distanza» rispetto alla volontà del legislatore storico, «indubbiamente discrezionale», e che tra le due soluzioni ricostruttive sia stata scelta proprio quella *in malam partem* pur ritenuta dalla Corte non obbligata. Ma la critica principale dell'Autore riguarda proprio il carattere asseritamente non obbligatorio della soluzione, che invece sarebbe stata a dire dello stesso l'unica percorribile, corrispondendo a differenza dell'altra al *petitum* della Cassazione. In tale scritto, l'Autore giunge infine a teorizzare una rimodulazione della nuova dottrina delle rime possibili volta in qualche modo a disciplinarla: egli propone infatti un'auto-limitazione della Corte nel caso in cui esistano più soluzioni costituzionalmente legittime per la parte ricostruttiva delle sentenze in forza della quale, nel caso in cui «in considerazione del *petitum* e del contesto normativo» ne risultino plausibili più di una, essa dovrebbe pronunciarsi nel senso dell'inammissibilità.

¹¹³ In questi termini ancora R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2571.

¹¹⁴ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 264, il quale osserva che nel caso di specie la Corte avrebbe non solo ribaltato una pluralità di precedenti (sentenze n. 134 e n. 208 del 2012), ma anche accompagnato il superamento delle rime obbligate all'equiparazione del trattamento giuridico delle pene accessorie con quelle principali, rivitalizzando la categoria delle sentenze sostitutive per riscrivere integralmente la disposizione oltre che «negato al giudice di merito la libertà di interpretazione e applicazione del diritto derivante dall'accoglimento manipolativo, imponendogli come dovrebbe esercitare la funzione giurisdizionale».

¹¹⁵ A. SPADARO, *I "limiti strutturali" del sindacato di costituzionalità*, cit., 163 ss., spec. 166. Le altre pronunce cui l'Autore si riferisce sono le più volte richiamate sentenze n. 236 del 2016, n. 233 del 2018 e n. 40 del 2019.

¹¹⁶ Su cui ci siamo soffermati *supra* (II.4 e III.2).

¹¹⁷ Nella scia della sentenza in analisi si colloca ad esempio anche la successiva decisione n. 102 del 2020 (rel. Viganò) con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis, terzo

3.3. La sentenza n. 40 del 2019 in tema di stupefacenti e la questione del minimo edittale.

Il caso probabilmente più significativo dopo la sentenza del 2016 – al di là della sentenza n. 222 del 2018 – è quello deciso dalla sentenza n. 40 del 2019 (rel. Cartabia) con la quale la Corte costituzionale torna, come nel primo *leading case*, sulla questione dei minimi edittali troppo elevati.

La Corte era stata chiamata a decidere della legittimità costituzionale del minimo edittale (otto anni di reclusione) previsto per le condotte relative a fatti non lievi in materia di droghe pesanti di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990 («Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza»). Il caso riflette, nella sua intrinseca complessità, tutta la problematicità di alcuni corollari del nuovo corso: il minimo edittale di otto anni previsto per fatti 'non lievi', che la Corte giudica sproporzionato, è infatti esso stesso figlio di un'articolata stratificazione legislativa oltre che, in ultimo, di una precedente pronuncia della stessa Corte (sentenza n. 32 del 2014, rel. Cartabia).

Il caso era stato peraltro preceduto da due pronunce di inammissibilità: le sentenze n. 148 del 2016 e n. 179 del 2017. Detto che la prima è stata dettata dall'esistenza di una pluralità di soluzioni per la parte ricostruttiva di un'eventuale decisione di accoglimento, più ricca di sfumature appare invece la seconda, cronologicamente successiva all'importante sentenza n. 236 del 2016 dove il riferimento a una rima obbligata come imprescindibile ai fini di un giudizio di merito manca. Qui la Corte, dopo aver ampiamente argomentato sull'esistenza di una pluralità di soluzioni e sulla correlativa, alta complessità di un intervento ricostruttivo sul punto, riprende infatti il *topos* del «rispetto della *priorità di valutazione da parte del legislatore* sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario»¹¹⁸ per giungere a una dichiarazione di inammissibilità. Argomento che segna l'introduzione, da parte della Corte costituzionale, dell'idea per cui l'attuazione della Costituzione attraverso l'individuazione nei mezzi necessari a raggiungerne i fini debba essere demandata prioritariamente al legislatore¹¹⁹. Tant'è che la pronuncia si conclude con «un pressante auspicio» rivolto proprio a quest'ultimo

comma, cod. pen. «nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all'estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale». In margine a questa pronuncia si è peraltro osservato che l'interesse del minore non soltanto sarebbe funzionale «scopo diretto di tutela della fattispecie di reato», ma anche a evitare interpretazioni di norme penali che prescindano dalla considerazione delle potenziali «conseguenze negative» sullo stesso minore (M. PICCHI, *Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020*, in *Oss. cost.*, 5, 2020, 224). Tipico esempio, assieme a molti altri emergenti dalla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni in tema di diritti fondamentali, di interpretazione orientata – in termini di autentico dover essere – alle conseguenze.

¹¹⁸ Richiamando qui la sentenza n. 23 del 2013 (rel. Silvestri), il corsivo è nostro.

¹¹⁹ Un'acquisizione che una lettura assai polemica del nuovo corso potrebbe considerare non scontata.

affinché «proceda rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi»¹²⁰; auspicio destinato a rimanere inascoltato e tuttavia proprio perché inascoltato destinato a divenire, in seguito, «decisivo»¹²¹. Ma torniamo alla sentenza n. 40 del 2019.

Il giudice rimettente dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 nella parte in cui prevedeva la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché quella di sei prevista dall'art. 4 *bis* decreto-legge n. 272 del 2005 rispetto, da un lato, all'art. 25, secondo comma, Cost. perché l'introduzione di questo minimo sanzionatorio da parte della sentenza n. 32 del 2014 avrebbe violato la riserva di legge penale e, dall'altro, agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. per sproporzione della dosimetria sanzionatoria fra la fattispecie 'ordinaria' e quella di 'lieve entità' di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. cit.

Quanto alla prima questione – che chiama in causa l'importante sentenza n. 32 del 2014 (rel. Cartabia)¹²² – incentrata sull'assunto per cui la riserva di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. implicherebbe il «monopolio esclusivo del legislatore» sull'inasprimento delle sanzioni penali e dunque l'esclusione della legittimità di pronunce manipolative, la Corte ha gioco facile nel dichiararne l'inammissibilità. Richiamando l'ordinanza n. 184 del 2017 (rel. Cartabia) che aveva deciso analoga questione nello stesso senso, la Corte osserva anzitutto che il giudice *a quo* mirerebbe così a porre in essere «un improprio tentativo di impugnazione» della sentenza n. 32 del 2014, il che è precluso dalla stessa Costituzione¹²³. In secondo luogo, il Giudice delle Leggi sottolinea che «non trova riscontro nella giurisprudenza costituzionale l'assunto da cui muove il giudice rimettente per cui la riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. precluderebbe in radice a questa Corte la possibilità di intervenire in materia penale con effetti meno favorevoli», e che anzi, vi sono casi particolari in cui l'effetto *in malam partem* derivante dalle sue pronunce «non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti, ma dalla semplice rimozione di disposizioni costituzionalmente illegittime»¹²⁴. In queste ipotesi, precisa la Corte, «l'effetto in malam partem è

¹²⁰ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

¹²¹ D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adequate", benché non "obbligate"*, in *Giur. cost.*, 2019, 702.

¹²² La sentenza in questione va ascritta alla fondamentale linea giurisprudenziale che nell'arco di lunghi decenni ha ridefinito alcuni tratti della legalità penale nella prospettiva della Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 148 del 1983 (rel. Paladin) sulla sindacabilità delle norme penali di favore, passando per la sentenza n. 394 del 2006, che ha fondato la retroattività della *lex mitior* sul principio di eguaglianza, con la conseguente possibilità di deroghe sul piano costituzionale ove sorrette da «giustificazioni oggettivamente ragionevoli», alla sentenza n. 28 del 2010, in tema violazione di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea fino agli ultimi due assestamenti rappresentati dalla sentenza n. 5 del 2014 e, appunto n. 32 dello stesso anno in tema di decretazione delegata e d'urgenza (su cui si veda *supra*, I.2.3.3).

¹²³ La Corte richiama l'art. 137, terzo comma, Cost. («Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione») e la giurisprudenza su di esso innestata (si vedano la sentenza n. 29 del 1998 e, fra le altre, le ordinanze n. n. 461 del 1999, n. 108 del 2001, n. 261 del 2016).

¹²⁴ La Corte richiama qui le note sentenze n. 394 del 2006, n. 28 del 2010, n. 5 e 32 del 2014 di cui si è detto poc'anzi.

ammissibile in quanto esso è una mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma costituzionalmente illegittima, la cui caducazione determina l'automatica riespansione di altra norma dettata dallo stesso legislatore»¹²⁵.

Più interessante e complesso è invece l'*iter* argomentativo sulla seconda questione, concernente la proporzionalità della pena minima di otto anni di reclusione, determinata – sia pur per via riflessa – dalla sentenza n. 32 del 2014.

Il primo passo per arrivare all'accoglimento è il superamento dell'eccezione d'inammissibilità dell'avvocatura generale dello stato per via della presenza di un'incongruenza normativa passibile di esser risolta «attraverso una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime, sicché spetterebbe soltanto al legislatore... emendare i vizi della disposizione censurata»¹²⁶. Sul punto, il precedente della sentenza n. 179 del 2017 che aveva dichiarato le questioni inammissibili in assenza di rime obbligate rappresentava in effetti il «principale ostacolo»¹²⁷ all'esame di merito delle stesse¹²⁸. Forse però, ancor più interessante rispetto a quanto la Corte decide nel 2019 è la già richiamata ordinanza n. 184 del 2017, nella quale, per dichiarare l'inammissibilità della questione, il Giudice delle Leggi aveva osservato che in tale occasione si sarebbe richiesto «un inammissibile ripristino di una disciplina sanzionatoria contenuta in una disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima per vizi procedurali di tale gravità da determinare l'inidoneità dello stesso a innovare l'ordinamento»¹²⁹. Un passo che, si è fatto notare, nella sentenza n. 40 del 2019 sarebbe stato destinato a essere superato perché la Corte individua qui la rima possibile proprio nella pena minima di sei anni dichiarata incostituzionale per vizi procedurali con la sentenza n. 32 del 2014¹³⁰. In ogni caso, la Corte respinge l'eccezione d'inammissibilità dell'avvocatura «alla luce degli approdi cui è giunta la più recente giurisprudenza costituzionale relativa all'ampiezza e ai limiti dell'intervento di questa Corte sulla misura delle sanzioni penali stabilite dal legislatore, sviluppatasi segnatamente a partire dalla sentenza n. 236 del 2016»¹³¹:

... l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che riguardano l'entità della punizione risulta condizionata non tanto dalla presenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla *presenza nel sistema di previsioni sanzionatorie che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore* (sentenza n. 233 del 2018). Nel rispetto delle scelte di politica sanzionatoria delineate dal legislatore e ad esso riservate, occorre, infatti, *evitare che l'ordinamento presenti zone*

¹²⁵ Punto 2 del *Considerato in diritto*. Si veda, in termini analoghi, la sentenza n. 236 del 2018, punto 8 del *Considerato in diritto*, richiamata dalla stessa Corte.

¹²⁶ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹²⁷ D. MARTIRE, *op. ult. cit.*, 701.

¹²⁸ Ricordiamo che invece le sentenze n. 23 e n. 148 del 2016 avevano pronunciato l'inammissibilità per altri vizi presenti nelle ordinanze di rimessione, e che pure l'ordinanza n. 184 del 2017 si era conclusa con dispositivo analogo per via di una pluralità di vizi nelle ordinanze di rimessione, incluso il «tentativo di impugnare» la sentenza n. 32 del 2014.

¹²⁹ Punto 4.6 del *Considerato in diritto*.

¹³⁰ D. MARTIRE, *op. ult. cit.*, 702.

¹³¹ Punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale, incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore¹³².

Perfezionando questo snodo argomentativo, la Corte osserva quindi che proprio l'ipotesi ricostruttiva di una pena minima di sei anni di reclusione anziché otto rappresenta una «soluzione costituzionalmente adeguata» in grado di superare il vaglio di ammissibilità¹³³.

A tali argomenti, la Corte aggiunge due ulteriori, relevantissime osservazioni. La prima riguarda il fatto che il suo intervento «non è ulteriormente differibile» proprio alla luce dell'auspicio del 2017, rimasto inascoltato, accompagnatosi peraltro all'«elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti». La seconda, posta per ultima «ma non per importanza», è il *topos* argomentativo che trascorre l'intera giurisprudenza costituzionale in materia penale degli ultimi anni anche quando non espressamente richiamato, perché ne rappresenta – almeno nelle ricostruzioni fatte dalla stessa Corte – la bussola assiologica del nuovo corso: il fatto cioè «che *la questione in esame attiene a diritti fondamentali, che non tollerano ulteriori compromissioni*, ragion per cui reiterate sono state le richieste di intervento rivolte a questa Corte dai giudici di merito e di legittimità»¹³⁴. In definitiva, l'inerzia legislativa nonostante il precedente monito e la gravità dei *vulnera* causati ai diritti fondamentali dalla divaricazione sanzionatoria fanno sì che l'intervento della Corte sia ritenuto indifferibile, con tanto di accoglimento dell'indicazione ricostruttiva del giudice *a quo*.

Dopo una sommaria analisi dello specifico apparato sanzionatorio, la Corte osserva quindi che la pena di sei anni individuata per il minimo edittale «è stata ripetutamente indicata dal legislatore come misura adeguata ai fatti “di confine”, che nell'articolato e complesso sistema punitivo dei reati connessi al traffico di stupefacenti si pongono al margine inferiore delle categorie di reati più gravi o a quello superiore della categoria dei reati meno gravi», e di conseguenza configura una soluzione appropriata per sanare i vizi di illegittimità censurati. Una soluzione che nella sua trasposizione nella norma oggetto del giudizio «*si situa coerentemente lungo la dorsale sanzionatoria*» di quest'area del tessuto legislativo e che, nondimeno, «*rispetta la logica della disciplina voluta dal legislatore*»¹³⁵.

Abbiamo qui una netta «scissione», già evidenziata in letteratura, tra i profili di ammissibilità e quelli di merito, perché in effetti la individuazione di «rime possibili», e cioè di soluzioni coerenti con la logica seguita dal legislatore, non implica necessariamente anche l'accoglimento della questione. In breve, si passa dall'inammissibilità necessaria in assenza di «rime obbligate» a un assai più

¹³² *Ibidem*, i corsivi sono nostri.

¹³³ Punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

¹³⁴ Punto 4.3 del *Considerato in diritto*. La *ratio* della pronuncia, si è osservato, è dunque rappresentata dall'«indiscussa urgenza di fornire tutela a diritti fondamentali che già da troppo tempo soffrono ingiustificate compressioni» (O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Padova, 2021, 215 ss.).

¹³⁵ Punto 5.3 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

probabile esame di merito in caso di indicazione di una ‘rima possibile’ non arbitraria e rispondente alla logica legislativa, che però non significa anche necessariamente che la Corte giungerà ad accogliere la questione¹³⁶. Elementi che, chiaramente, implicano anche un ampliamento considerevole della latitudine valutativa del Giudice delle Leggi che lo stesso tenta di bilanciare attraverso «l'utilizzo di argomento esterni», fra i quali l'esigenza di evitare la formazione di zone franche in ambito di tutela dei diritti fondamentali e l'esistenza di un precedente rimasto inascoltato¹³⁷.

¹³⁶ D. MARTIRE, *op. ult. cit.*, 704 ss.

¹³⁷ «Argomenti», si è detto, «che segnano il passaggio ad una nuova fase della giurisprudenza costituzionale» (ivi, 705). Pur condividendo senz'altro l'innovatività del passaggio, alla luce di quanto detto in precedenza sulla dottrina delle rime obbligate, sull'insostenibilità teorica che si accompagna alla sua connotazione retorica, non riteniamo sia tuttavia il caso di enfatizzarlo eccessivamente. Da alcuni si è ad esempio parlato – con un'immagine senz'altro icastica – di una «rivoluzione di metrica» (così, ad esempio, A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2019, 111); tuttavia, il rischio è quello, più volte evidenziato in queste pagine, che salutando lo specifico passaggio alle rime possibili come assolutamente innovativo anche sul piano *sostanziale* del giudizio costituzionale e delle sue risultanze – quello *formale* della declamata maggiore libertà della Corte si colloca invece su un piano parzialmente (anche se non del tutto) diverso – si rischia di prendere per sostanzialmente ‘autentico’, se non addirittura rigoroso, anche il precedente utilizzo delle rime obbligate, il che, come abbiamo cercato in precedenza di dimostrare, è sul piano teoretico come su quello pratico del tutto inverosimile. Ad avviso di chi scrive, quel che davvero cambia su un piano sostanziale non è tanto la latitudine valutativa della Corte nell'individuazione degli indici ricostruttivi, che pure alla luce del carattere – a differenza del passato – *dichiaratamente* non obbligato un ampliamento lo vede senz'altro; il punto è piuttosto l'allargamento dei casi nei quali la Corte costituzionale giunge a decidere nel merito, e dunque il restringimento delle ipotesi di inammissibilità per discrezionalità legislativa – derivanti dagli auto-vincoli delle rime obbligate e dell'inammissibilità ‘sostanziale’ in materia penale – perché se oggi la Corte facesse riferimento ad esse come un tempo si vedrebbe da un lato tagliata fuori da buona parte delle dinamiche del *judge-made system*, spingendo i giudici a sostanziali disapplicazioni per il tramite dell'interpretazione conforme (ora alla CEDU, ora al diritto europeo, ora alla stessa Costituzione) e a un più frequente dialogo con le corti europee, dall'altro si precluderebbe il giudizio su norme in grado di comprimere gravemente i diritti fondamentali, privandoli in molti casi di una tutela effettiva e, aspetto non secondario, *erga omnes*. Del resto, gli esempi nei quali proprio l'intervento della Corte costituzionale è stato risolutivo, anche nella prospettiva di assicurare una maggiore – tendenziale – certezza nella tutela dei diritti fondamentali non mancano: si pensi al celebre caso deciso con la sentenza n. 186 del 2020 (rel. de Pretis), dove il divieto d'iscrizione anagrafica imposto ai richiedenti asilo dall'art. 13 decreto-legge n. 113 del 2018 (cosiddetto ‘decreto sicurezza’) aveva spinto i giudici italiani a una pluralità di esiti interpretativo-applicativi: i) giudizio di manifesta infondatezza delle eccezioni di legittimità costituzionale del divieto, ii) disapplicazione sostanziale dietro lo schermo di un'asserita interpretazione conforme a Costituzione e iii) rimessione della questione, finalmente, alla Corte costituzionale; soluzioni che implicavano nel primo caso una grave *capitis deminutio* in termini di garanzia dei diritti e nel secondo una garanzia priva di efficacia *erga omnes* e dunque dall'applicazione estremamente diseguale sul territorio nazionale. La “*via media*” seguita dai giudici rimettenti, unitamente al giudizio di Palazzo della Consulta, ha invece dimostrato che il sindacato accentrato di costituzionalità, ove la Corte costituzionale sia coadiuvata dalla leale collaborazione della magistratura di merito, è in grado di tutelare nel modo più ampio possibile – almeno in termini di efficacia diffusa e dunque di stabilità – i diritti fondamentali. Il che, chiaramente, avviene con maggiore difficoltà se la Corte stessa, alla luce degli storici auto-vincoli di cui si è detto, si preclude un intervento nel merito.

Veniamo così all'utilizzo dei modi argomentativi della ragionevolezza.

Sul punto, la Corte riprende quanto già osservato nella sentenza n. 179 del 2017, dove si constatava che la divaricazione di quattro anni fra il minimo edittale previsto dall'art. 73, comma 1 e il massimo edittale previsto dal comma 5 «ha raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria»¹³⁸. Osservazione che si lega al rilievo per cui, nonostante la fattispecie di lieve entità prevista dall'art. 73, comma 5 sia riconoscibile – alla luce degli apprendimenti interpretativi della giurisprudenza di legittimità – solo in ipotesi di «minima offensività penale della condotta», «indubitabilmente molti casi si collocano in una “zona grigia”, al confine fra le due fattispecie di reato, il che rende non giustificabile l'ulteriore permanenza di un così vasto iato sanzionatorio, evidentemente sproporzionato sol che si consideri che il minimo edittale del fatto di non lieve entità è pari al doppio del massimo edittale del fatto lieve». Una divaricazione sanzionatoria tanto ampia da vincolare la latitudine valutativa del giudice nell'accertamento della lieve entità del fatto¹³⁹, che genera «il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte»¹⁴⁰. Dal che deriva la violazione simultanea dei principi di eguaglianza e ragionevolezza-proporzionalità ex art. 3 e di rieducazione delle pene ex art. 27, terzo comma, Cost.

La motivazione della sentenza si chiude con la precisazione, quasi rituale, per cui la soluzione normativa individuata, «non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»¹⁴¹.

Si tratta di un'altra pronuncia non esente da critiche.

Si è ad esempio fatto notare l'«indubbio paradosso» per cui la soluzione ricostruttiva adottata dalla Corte sia stata in precedenza dichiarata incostituzionale¹⁴², elemento «in certa misura imbarazzante», da cui se n'è tratto che la soluzione dei sei anni non poteva esser considerata «pre-data» nell'area del tessuto legislativo di riferimento, ed era conseguentemente insuscettibile di essere individuata come «rima possibile»¹⁴³, osservandosi che la soluzione ricostruttiva ideale sarebbe stata più opportunamente rappresentata dalla pena di quattro anni, massimo edittale previsto dall'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 per i fatti di lieve entità¹⁴⁴. Critiche cui si è aggiunta l'osservazione per cui la Corte, optando

¹³⁸ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹³⁹ La Corte costituzionale ricorda che un simile accertamento è stato ritenuto doveroso dalla Corte di cassazione, Sez. Un., n. 51063 del 2018.

¹⁴⁰ Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁴¹ Punto 5.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁴² F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, 1239.

¹⁴³ C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019, par. 8. L'autore citato riconosce comunque l'importanza della pronuncia nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, assicurando effettività al principio di proporzionalità delle pene in un ambito «in cui la discrezionalità del legislatore appariva (un tempo) insindacabile» (par. 10).

¹⁴⁴ In questo senso, fra gli altri, R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità?*, cit., 153, C. BRAY, *op. ult. cit.* e già in *La Corte costituzionale salva la pena minima*

per la soluzione della pena di sei anni anziché quella di quattro di cui al massimo previsto dall'art. 73, comma 5, avrebbe individuato la 'rima possibile' più afflittiva, «una scelta non solo non obbligata, ma altresì *in malam partem*, che abbisognava di un sostegno argomentativo più solido» come avvenuto – si è aggiunto – con la sentenza n. 222 del 2018 nel caso delle pene accessorie per il delitto di bancarotta fraudolenta¹⁴⁵. E ci si è infine chiesto «cosa resta della riserva di legge parlamentare in materia penale», se il minimo edittale di uno dei reati più ricorrenti nella prassi dei tribunali (il traffico illecito di droghe pesanti) è stabilito da una sentenza della Corte costituzionale in luogo di una legge ordinaria¹⁴⁶. Al di là della condivisibilità o meno di simili appunti, è interessante osservare come attraverso il passaggio alle rime possibili la Corte si spinga dichiaratamente nel campo dell'opinabile, esponendosi a un vaglio critico nel merito particolarmente accentuato. Vaglio critico che rappresenta il prezzo da pagare sul fronte della ricezione di questi orientamenti nella scienza giuridica, e che può essere sostenuto solo alla luce di apparati argomentativi particolarmente solidi.

Va peraltro detto che, anche in questioni diverse dai *leading cases* sui minimi edittali decisi con le sentenze n. 236 del 2016 e n. 40 del 2019 – ma si badi, sempre nell'ottica di valutazioni sulla proporzione sanzionatoria al di là dello stretto giudizio d'eguaglianza – la Corte ha fatto ricorso ad argomenti di natura fortemente valutativa, in consonanza con il taglio marcatamente sostanzialista del giudizio diadico, incentrato soprattutto sull'analisi degli indici di offensività¹⁴⁷. Il che, però, non si è sempre tradotto nell'accoglimento delle questioni¹⁴⁸.

(di 8 anni di reclusione) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore, in *Dir. pen. cont.*, 11, 2017, 235 e A. MAZZOLA, *La questione di legittimità delle pene tra il divieto di impugnazione delle pronunce della Corte costituzionale e l'assenza di soluzioni obbligate. Alcune considerazioni a margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Forum di Quad. cost.*, 2, 2020, 68.

¹⁴⁵ F. CONSULICH, *La matematica del castigo*, cit., 1240. In quel caso, lo ricordiamo, la Corte costituzionale aveva optato per una soluzione ricostruttiva differente da quella indicata dalla Corte di cassazione, in ipotesi potenzialmente anche più afflittiva nella concreta applicazione da parte del giudice, argomentando col richiamo all'intenzione del legislatore storico di punire severamente gli autori di tali delitti.

¹⁴⁶ M. GAMBARDELLA, *Rapina impropria e proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Giur. cost.*, 2020, 2064. Critica, questa, che si appunta su un'idea della riserva di legge molto prossima all'idea di una riserva di organo, da sempre rigettata dalla Corte costituzionale.

¹⁴⁷ Pensiamo ad esempio alla sentenza n. 63 del 2022 (rel. Viganò) in tema di favoreggiamento dell'immigrazione, con cui è stata dichiarata illegittima la pena minima di cinque anni di reclusione per le condotte poste in essere servendosi di un aereo di linea e di documenti falsi (qui la Corte accoglie la questione attraverso un giudizio triadico, senza bisogno di arrivare a sindacare la sproporzione sanzionatoria in sé e per sé). Pensiamo poi alla sentenza n. 46 del 2024 (rel. Viganò) con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'inasprimento del minimo edittale da quindici giorni a due anni del reato di appropriazione indebita attuato attraverso la legge n. 3 del 2019, individuando come rimedio un dispositivo sostitutivo che ripristina la cornice sanzionatoria antecedente alla novella legislativa. Pronunce in cui va osservato il superamento dell'argomento dell'applicabilità delle attenuanti generiche per far salva la norma sindacata: elemento, questo, che marca un certo scarto con la giurisprudenza del passato.

¹⁴⁸ E così non sono mancate, ad esempio, ipotesi di rigetto motivato dall'argomento per cui l'inasprimento della pena «non rappresenta una scelta isolata, ma si inserisce nel quadro di una complessiva, e severa, strategia di contrasto» a certe condotte criminose, come nel caso deciso dalla sentenza n. 190 del 2020 (rel. Zanon), punto 7.2 del *Considerato in diritto*, con cui la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale del minimo edittale del reato di rapina

3.4. Ancora sui minimi. La sentenza n. 244 del 2022 e la necessità di una «valvola di sicurezza» per i fatti di lieve entità.

Una linea giurisprudenziale molto prossima a quella già analizzata in tema di minimi edittali – se non addirittura una sua più specifica declinazione – sembrerebbe essere stata inaugurata con la sentenza n. 244 del 2022 (rel. Viganò). A partire da questa pronuncia la Corte costituzionale ha iniziato a ricorrere all'espressione «valvola di sicurezza», in anni passati usata ad altri fini¹⁴⁹, per riferirsi alla necessità dell'esistenza di norme attraverso le quali la legge assicuri al giudice comune, in caso di fatti di lieve entità, la possibilità di comminare sanzioni dalla portata adeguatamente ridotta.

Il giudice rimettente dubitava nel caso di specie della legittimità costituzionale dell'art. 167 cod. pen. mil. pace («Distruzione o sabotaggio di opere militari») nella parte in cui non prevedeva «nell'ipotesi di sabotaggio per temporanea inservibilità attenuazioni della pena per fatti di lieve entità». In questo come in altri casi simili, il giudice *a quo* prospettava distinte questioni di legittimità sulla stessa norma, appuntate da un lato sull'asserita violazione del principio di eguaglianza e dall'altro sulla proporzione sanzionatoria in sé e per sé alla luce della sua «asprezza eccezionale»: la prospettazione delle due differenti – sebbene attigue, affini – questioni è molto interessante, specie alla luce della risposta della Corte. Una risposta che restituisce molto chiaramente il riflesso di un ulteriore sintomo di riduzione della discrezionalità legislativa.

Secondo il giudice rimettente, la fattispecie criminosa rispetto alla quale prospettava la questione di legittimità della relativa sanzione era comparabile a quella di distruzione o sabotaggio di opere militari di cui al codice penale comune (art. 253): nel caso del trattamento sanzionatorio riservato a quest'ultima fattispecie, è infatti prevista l'applicabilità dell'attenuante di cui all'art. 311 cod. pen. che, alla luce della disposizione generale di cui all'art. 65 cod. pen., consente la diminuzione della pena fino a un terzo «quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità». Per il giudice, una differenziazione del trattamento sanzionatorio non sembrava dunque ragionevole.

Ora, la Corte rigetta quest'argomento alla luce del rilievo per cui «ogni appartenente alle Forze armate – a differenza del comune cittadino, soggetto attivo del delitto previsto dall'art. 253 cod. pen. – è responsabile dell'installazione militare e della sua custodia, in particolare ai sensi dell'art. 723 del d.P.R. n. 90 del 2010», per cui

impropria.

¹⁴⁹ In particolare, rimanendo alla materia penale, l'espressione ricorre in alcune pronunce in cui la Corte definisce clausole quali «senza giustificato motivo», «senza necessità», «arbitrariamente», contenute invero in innumerevoli norme incriminatrici, «valvole di sicurezza» «del meccanismo repressivo», funzionali alle ipotesi in cui «l'osservanza del precetto appaia concretamente «inesigibile» in ragione, a seconda dei casi, di situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori» (sentenza n. 5 del 2004; si vedano pure la sentenza n. 359 del 2010 e le ordinanze n. 417 del 2008, n. 41 del 2009, n. 318 del 2010, n. 161 del 2011 e n. 215 del 2011).

il «rapporto speciale con la res», che discende da «precisi doveri di diritto pubblico inerenti alla funzione esercitata», può senz'alto giustificare «in linea di principio» una pena più aspra¹⁵⁰.

L'accoglimento arriva per converso proprio rispetto alla seconda questione, relativa al rapporto di proporzione fra la sanzione e i fatti puniti: essendo infatti configurabili anche rispetto alla fattispecie prevista dal codice penale militare di pace «fatti di lieve entità», in queste ipotesi il trattamento sanzionatorio può risultare «manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto, e comunque incapace di adeguarsi al suo concreto disvalore, con pregiudizio allo stesso principio di individualizzazione della pena e alla sua necessaria funzione rieducativa»¹⁵¹.

Su questo specifico profilo è interessante osservare che la Corte prospetta una sorta di parallelismo con l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 630 cod. pen. dichiarato con la sentenza n. 68 del 2012 alla luce della mancata previsione di una diminuzione di pena «quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risultasse di lieve entità»; situazione ritenuta dalla Corte «in larga misura corrispondente»¹⁵². Un paragone in realtà non del tutto condivisibile, perché nel 2012 la Corte era giunta all'accoglimento essenzialmente attraverso un giudizio di eguaglianza¹⁵³.

È proprio il fatto che in questo caso si giunga invece alla declaratoria d'incostituzionalità attraverso un giudizio diadico *dopo che la Corte ritiene infondata la questione prospettata rispetto al principio di eguaglianza* – che ovviamente implicava giudizio triadico – a restituirci un ulteriore sintomo di riduzione della discrezionalità legislativa: *senza l'apertura della Corte costituzionale a un giudizio sul rapporto di proporzione fra pena e fatti puniti, queste forme di esercizio del potere punitivo legislativo non sarebbero state sindacabili*.

Del resto, se la Corte avesse tenuto ferma la propria giurisprudenza per cui il sindacato sulle norme sanzionatorie penali poteva tradursi né più né meno che in un sindacato sul rispetto del principio di eguaglianza¹⁵⁴, l'esercizio di potere legislativo avrebbe potuto esser sindacato a) soltanto nel caso in cui le norme sanzionatorie fossero state riconducibili a fattispecie incriminatrici comparabili e b) sempre nei limiti delle – ampie ma più imbrigliate – linee argomentative consentite da un giudizio di eguaglianza.

Ad ogni modo, chiudendo il cerchio sulla sentenza n. 244 del 2022, è interessante osservare che il rimedio approntato una volta accertata la manifesta sproporzione sanzionatoria non viene individuato nell'apparentemente semplice estensione al delitto di cui all'art. 167 cod. pen. mil. pace dell'applicabilità della circostanza

¹⁵⁰ Punto 3.1.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁵¹ Punto 3.3.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Come evidenza nella sua lettura C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità*, cit., 909.

¹⁵⁴ Abbiamo comunque sottolineato le eccezioni a questo tipo di scrutinio, su tutte la sentenza n. 341 del 1994 in tema di oltraggio.

attenuante di cui all'art. 311 cod. pen., applicabile alla fattispecie comune, proprio a causa dell'inadeguatezza del *tertium comparationis*. L'indice ricostruttivo per pronunciare una sentenza manipolativa viene invece individuato nel frammento di disposizione di cui all'art. 171, n. 2), cod. pen. mil. pace, circostanza attenuante applicabile nei casi in cui «il fatto risulta di lieve entità», in origine applicabile alle gravi fattispecie richiamate dall'art. 102 – fra le quali si annovera l'alto tradimento – e a quelle di cui agli artt. 168 («Danneggiamento di edifici militari») e 169 («Distruzione o deterioramento di cose mobili militari») che seguono quella della cui pena è accertata l'irragionevolezza manifesta e che si presentano come «figure criminose contigue»¹⁵⁵.

Quest'impostazione sulla necessità di una «valvola di sicurezza» rispetto a minimi insuscettibili di rispondere alla logica del probabile rispetto a fatti di lieve entità ha avuto peraltro un discreto seguito nella giurisprudenza costituzionale successiva¹⁵⁶.

3.5. La sentenza n. 28 del 2022 e la ragionevolezza delle pene pecuniarie.

L'emersione di più stringenti limiti che l'ordine costituzionale oppone alla discrezionalità legislativa non è estranea neppure alle pene pecuniarie. Si legge infatti nella sentenza n. 28 del 2022 (rel. Viganò) che anche per queste sanzioni – esattamente come per quelle detentive – vale l'assunto per cui «l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria»¹⁵⁷. Osserva infatti la Corte costituzionale che questo «limite costituzionale», espresso dal combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., «non può non valere anche per la pena pecuniaria, che è una sanzione criminale a tutti gli effetti», pur nelle differenze che connotano questo tipo di sanzione, la cui afflittività non è omogenea rispetto a ogni condannato perché legata alle sue disponibilità economiche. Il che spiega perché fin dalla fine degli anni Settanta la Corte stessa aveva affermato la necessità dell'individuazione «di rimedi, atti a salvaguardare l'efficacia e la concreta uguaglianza dell'effetto della pena pecuniaria, mediante meccanismi d'adeguamento alle diverse condizioni economiche dei condannati»¹⁵⁸. E nel discorrere di questi rimedi, la Corte riprende – come in diverse altre sentenze in tema di proporzione sanzionatoria degli ultimi anni – l'argomento comparativo, osservando che il meccanismo dei «tassi giornalieri» a cui la legislazione italiana si

¹⁵⁵ Punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁵⁶ Pensiamo alla sentenza n. 120 del 2023 (rel. Petitti) in tema di estorsione, o alla sentenza n. 86 del 2024 (rel. Petitti) in tema di rapina o, ancora, alla sentenza n. 91 del 2024 (rel. Patroni Griffi) in tema di produzione di materiale pornografico attraverso l'utilizzazione di minori di anni diciotto. In margine alla sentenza n. 244 del 2022 non è mancato peraltro chi ha prospettato *de iure condendo* l'introduzione di «una circostanza attenuante di valenza generale che dia rilievo alla realizzazione... di fatti di lieve entità», da affiancare alla non punibilità per particolare tenuità del fatto (M. DOVA, *La proporzionalità "intrinseca" della pena: il caso del sabotaggio di opere militari*, in *Giur. cost.*, 2022, 2762).

¹⁵⁷ Punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁵⁸ Sentenza n. 131 del 1979, richiamata dalla decisione in questione al punto 6.2 del *Considerato in diritto*.

ispira non è estraneo ad altre importanti esperienze ordinamentali¹⁵⁹. Legislazione italiana che però, pur prescrivendo che il giudice individui il «valore giornaliero» alla luce «della condizione economica complessiva dell'imputato e del suo nucleo familiare» (art. 53, secondo comma, legge n. 689 del 1981) presenta l'inconveniente di imporre un minimo troppo elevato, peraltro inderogabile, «ben superiore a quella che la gran parte delle persone che vivono oggi nel nostro Paese sono ragionevolmente in grado di pagare, in relazione alle proprie disponibilità reddituali e patrimoniali»¹⁶⁰. Irragionevolezza riscontrata ancora una volta guardando al caso concreto oggetto del giudizio principale, che irrompe nel giudizio costituzionale e «dimostra emblematicamente l'elevatezza della sanzione determinata dalla disposizione censurata»:

a fronte di una condotta in definitiva di modesto disvalore, come una violenza privata realizzata mediante il parcheggio di un'autovettura in prossimità dell'ingresso dell'abitazione delle persone offese, con l'effetto di impedire a queste ultime di entrare e uscire con la propria macchina, la sostituzione della pena concordata dalle parti di tre mesi di reclusione... condurrebbe all'irrogazione di una pena pecuniaria sostitutiva di ben 22.500 euro.

La sostituzione della pena detentiva di tre mesi di reclusione, osserva la Corte, implica l'applicazione di una pena pecuniaria la cui somma corrisponde sostanzialmente ai redditi annuali dichiarati dall'imputato¹⁶¹.

Il che evidenzia uno scarto fra essere e dover essere costituzionale già evidenziato con la sentenza n. 15 del 2020 (rel. Viganò) con cui la Corte aveva formulato l'«auspicio» – peraltro non nuovo¹⁶² – di un intervento legislativo volto a rimediare alle incongruenze di una disciplina che non solo implica «una drastica riduzione del ricorso alla sostituzione della pena pecuniaria», ma la trasforma «in un privilegio per i soli condannati abbienti».

Proprio alla luce del precedente monito, la Corte dichiara di esser tenuta «a porre rimedio alle violazioni riscontrate»¹⁶³, passando dal mero accertamento di un iato fra stato della legislazione e necessità costituzionale a un intervento ritenuto ormai improcrastinabile¹⁶⁴. E ancora una volta la semplice ablazione della disposizione censurata non basta, rivelandosi quindi necessaria l'individuazione di «soluzioni normative già esistenti, che consentano di porre almeno provvisoriamente rimedio agli accertati vizi di legittimità costituzionale, assicurando al contempo la perdurante operatività della sostituzione della pena detentiva». Soluzione

¹⁵⁹ La Corte richiama le disposizioni dei codici penali francese, tedesco, austriaco, spagnolo e portoghese (*ibidem*).

¹⁶⁰ Punto 6.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Si vedano le sentenze n. 108 del 1987 e n. 279 del 2019.

¹⁶³ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

¹⁶⁴ Sottolinea P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2023, 8 s., adducendo fra i vari esempi proprio questa pronuncia, che la Corte costituzionale è spinta in questi casi «a chiudere la partita» proprio a causa dell'«impossibilità di ulteriormente tollerare la situazione di vuoto di tutela dell'interesse costituzionalmente garantito vulnerato dalla disciplina impugnata, prodotta dal trascorrere del tempo e dall'inerzia di quello che era stato individuato come solutore “ottimale”».

individuata nel frammento di disposizione indicato dallo stesso giudice rimettente di cui all'art. 459, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., in cui si prevedeva – prima della riforma del 2022¹⁶⁵ – la sostituzione del minimo di 250 euro con quello di 75 per ogni giorno di pena detentiva sostituita in relazione ai casi di decreto penale di condanna. E ancora una volta, la Corte esclude la necessità di intervenire invece sul massimo del valore giornaliero, in consonanza con la propria giurisprudenza in tema di pene detentive: ciò che conta rispetto al problema della proporzione sanzionatoria è assicurare ai giudici comuni un congruo margine nell'individuazione della pena da comminare in concreto; il che, una volta adeguatamente rimodulato il minimo, rende la questione dei massimi ininfluente.

La norma censurata è quindi dichiarata illegittima nella parte in cui prevede che «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 del codice penale e non può superare di dieci volte tale ammontare», anziché «[i]l valore giornaliero non può essere inferiore a 75 euro e non può superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 del codice penale».

Un dispositivo, fortemente manipolativo e ancora una volta sganciato dal canone delle rime obbligate, preceduto dall'ormai abituale punto in motivazione per cui rimane ferma la possibilità che il legislatore individui «soluzioni diverse, e in ipotesi ancor più adeguate, a garantire la piena conformità della disciplina della sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria ai principi costituzionali»¹⁶⁶.

4. La progressiva espansione normativa del finalismo rieducativo.

Apriamo a questo punto una breve parentesi, funzionale a dar conto di un ulteriore elemento il cui impatto deflagrante sulla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni è indubbio: la progressiva espansione – o, se si preferisce, pervasività – normativa del finalismo rieducativo. Si tratta di un altro sintomo della compressione della discrezionalità legislativa penale. Darne conto è peraltro funzionale, oltre che a illustrare un'ulteriore sfaccettatura della riduzione di questo potere discrezionale, a chiarire uno dei presupposti costituzionali su cui la linea giurisprudenziale sulla proporzionalità delle pene si è innestata e a porre una premessa prodromica alla trattazione della giurisprudenza in tema di automatismi.

¹⁶⁵ Art. 28, comma 1, lett. a, n. 1), d.lgs. n. 150 del 2022.

¹⁶⁶ Qualche mese dopo, una soluzione diversa sarà poi effettivamente abbracciata dal legislatore a mezzo dell'art. 71, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 150 del 2022, che ha così sostituito l'art. 53 legge n. 689 del 1981: «Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, quando ritiene di dover determinare la durata della pena detentiva entro il limite di quattro anni, può sostituire tale pena con quella della semilibertà o della detenzione domiciliare; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di tre anni, può sostituirla anche con il lavoro di pubblica utilità; quando ritiene di doverla determinare entro il limite di un anno, può sostituirla altresì con la pena pecuniaria della specie corrispondente, determinata ai sensi dell'articolo 56-quater. Con il decreto penale di condanna, il giudice, su richiesta dell'indagato o del condannato, può sostituire la pena detentiva determinata entro il limite di un anno, oltre che con la pena pecuniaria, con il lavoro di pubblica utilità. Si applicano le disposizioni dei commi 1-bis e 1-ter dell'articolo 459 del codice di procedura penale. Ai fini della determinazione dei limiti di pena detentiva entro i quali possono essere applicate pene sostitutive, si tiene conto della pena aumentata ai sensi dell'articolo 81 del codice penale».

Il finalismo rieducativo delle pene, dando una funzionalizzazione *tendenziale* – e nel quadro di una concezione polifunzionale delle pene non potrebbe che essere così¹⁶⁷ – alle strutture normative penali sostanziali e processuali, finisce infatti per rappresentare un vincolo in potenza assai pregnante rispetto alla discrezionalità legislativa, che oltre a dover rispondere agli altri principi costituzionali deve pure confrontarsi con questa specifica funzionalizzazione¹⁶⁸. E ciò al netto delle ambiguità che connotano un'«*istituzione sociale*» quale la pena è, evidentemente non estranee alla stessa giurisprudenza costituzionale diacronicamente situata¹⁶⁹. In tal senso, se è vero che i valori costituzionali «sono la lente attraverso cui il sistema interpreta la realtà e stabilisce la funzione concreta del proprio apparato normativo»¹⁷⁰, se essi hanno dunque una capacità ordinante rispetto alle strutture normative su cui si irradiano, una funzionalizzazione della pena nell'ottica del «*recupero sociale*»¹⁷¹ restituisce uno *specifico bilanciamento fra istanze di sicurezza sociale e rispetto della persona*¹⁷², il quale non può che restituire una

¹⁶⁷ Un punto su cui ci siamo soffermati in I.3.2.

¹⁶⁸ D'altro canto, la nettezza di quest'affermazione richiede una precisazione: ciò non è stato sempre vero, in quanto per lungo tempo la Corte costituzionale ha interpretato l'art. 27, terzo comma, Cost. accogliendo una concezione polifunzionale della pena – tutt'ora caratterizzante l'interpretazione del diritto costituzionale penale – astringendo al contempo la finalità rieducativa alla sola fase dell'esecuzione. Una limitazione al solo diritto penitenziario che rappresenta oggi una lettura pacificamente considerata superata, come evidenzia fra gli altri P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 75, che la definisce un «anacronismo».

¹⁶⁹ G. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 131, il quale giustamente osserva che «la considerazione di un'istituzione sociale varia al variare degli orientamenti dominanti in una società». È stato peraltro autorevolmente sottolineato da C.E. PALIERO, *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 169 come lungo il suo intero arco giurisprudenziale la Corte costituzionale abbia in verità sempre mantenuto fede a una concezione, al «*paradigma*» della pena come «struttura complessa» (articolata in comminazione, commisurazione, esecuzione ed estinzione), «governata da un unico *rationale*» (il finalismo rieducativo) «e sottoposta alla necessità di una *assoluta coerenza interna* nel suo sviluppo dinamico, a tale *rationale* costantemente orientato»; in tal senso, l'autore citato ha parlato di un'ermeneutica della Corte in definitiva «*normoindifferente*» rispetto alle dinamiche del legislativo. Riflessioni che hanno portato altri (P.P. EMANUELE, *La funzione rieducativa della pena*, cit., 100) a sottolineare come in effetti sia stato assai significativo che la Corte costituzionale abbia progressivamente e senza apparente soluzione di continuità introiettato un'idea sempre più pregnante della finalità rieducativa delle pene, senza farsi condizionare neppure dalla legislazione penitenziaria emergenziale, giungendo a parlare di questa «*continuità ideologica*» nella giurisprudenza costituzionale come «un formidabile volano verso una *illimitata espansione* dell'idea rieducativa».

¹⁷⁰ A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 347.

¹⁷¹ I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, in Riv. AIC, 2, 2014, 1, la quale (ivi, 14) osserva che la sanzione penale è concepita dalla Costituzione come struttura normativa «il cui scopo deve tendere alla rieducazione come riacquisizione da parte del condannato dei valori su cui si fonda il patto che regge la stessa forma di stato».

¹⁷² Più in generale, ricorda I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, cit., 2, che i principi costituzionali in materia penale «in una prospettiva di razionalità punitiva, delineano una cornice chiaramente preordinata a bilanciare l'*efficienza repressiva* con la garanzia dei *diritti fondamentali*

specifica limitazione e conformazione della discrezionalità legislativa. Il che dipende in fondo dalle specifiche declinazioni dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali e dunque dalle norme che da esse si traggono – le quali traducono appunto bilanciamenti fra più valori¹⁷³ – e dal concreto sostanzarsi del giudizio di ragionevolezza. Un giudizio che com'è noto è il luogo «per valutare non solo (e non tanto) l'astratta conformità, ma altresì il *quantum* di compatibilità della norma di legge rispetto ad un parametro costituzionale»¹⁷⁴.

La giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, per certi aspetti – in parte già analizzati – così innovativa negli schemi di giudizio, presenta dunque proprio sul piano del finalismo rieducativo delle pene ulteriori elementi di novità. Questa lettura più pregnante della funzione rieducativa delle pene come parametro di legittimità costituzionale – a distanza di tempo dall'acme progressista in termini di garanzie della giurisprudenza dei primi anni Novanta¹⁷⁵ – ha infatti visto negli ultimi anni una progressiva espansione.

La funzionalizzazione della sanzione penale alla luce della legalità costituzionale – legata al precetto dal peculiare ponte rappresentato dal tipo normativo della responsabilità personale¹⁷⁶ – implica non solo il doverla conformare alla luce del

della persona» (i corsivi sono nostri).

¹⁷³ Su cui vedi *supra* (I.7).

¹⁷⁴ Così L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 67.

¹⁷⁵ Pensiamo in particolare alla sentenza n. 313 del 1990 (rel. Gallo), dove si legge che «in uno Stato evoluto, la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alla funzione stesse della pena» e «che la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue. Ciò che il verbo “tendere” vuole significare è soltanto la presa d'atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l'adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione» (punto 8 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra). Passo che potrebbe sembrare passibile di segnare uno scarto con quanto affermato un anno prima con la sentenza n. 282 del 1989 (rel. Dell'Andro) dove invece la Corte aveva precisato che «non è dato delineare una statica, assoluta gerarchia» tra le varie finalità della pena. E tuttavia, neppure il passo richiamato della sentenza del 1990 sembra decisivo nella prospettiva di una confutazione dell'idea della polifunzionalità delle pene, anche perché in esso la Corte costituzionale si limita – per così dire – a rileggere il principio estendendone la normatività al di là della sola esecuzione penale.

¹⁷⁶ La responsabilità penale personale rappresenta un'ulteriore peculiarità del diritto costituzionale penale, legando in maniera differente rispetto ad altri ambiti dell'esperienza giuridica il precetto e la sanzione, a loro volta peculiarmente connotati (sebbene, va ribadito una volta di più, determinatezza e tassatività non siano corollari esclusivi della riserva di legge penale). Si può cogliere così quanto profonde siano le implicazioni dell'ascrizione di questi tratti di peculiarità al diritto penale da parte della Costituzione riflettendo sul fatto che precetto e sanzione, legati dal ponte della responsabilità, sono i due momenti intorno ai quali nella riflessione giuridica si ricostruisce *ab illo tempore* la funzione e la struttura del diritto, addirittura il suo stesso concetto. Un punto, quest'ultimo, rispetto al quale il tentare di dar qui conto anche solo delle principali riflessioni sarebbe un'impresa senza dubbio votata al fallimento: senza risalire troppo indietro nel tempo (si potrebbe partire almeno da Thomas HOBBS, *Leviathan or the matter, forme & power of a Common-wealth ecclesiasticall and civil* (1651), tr. it. di R. Giammanco, *Il Leviatano*, I, Torino, 1955) la coppia concettuale obbligo-sanzione assume com'è noto un rilievo centrale, fra le altre, nelle celebri ricostruzioni di Kelsen – che fra obbligo e sanzione inquadra la seconda come norma primaria e il primo come norma secondaria, poiché la norma che delinea la condotta da osservare acquisisce un significato giuridico soltanto quando con essa si intende «che alla condizione della condotta

divieto di trattamenti contrari al senso umanità e del dover essere della proporzionalità, ma anche, alla luce del finalismo rieducativo, il dover prevedere a monte precetti a tutela di valori rispondenti – a seconda della prospettiva teorica abbracciata – all’assiologia costituzionale o almeno con essa non antitetici. Ma la conformazione della discrezionalità legislativa non si ferma qui. Del resto, il ricorso alla tutela penale reca con sé l’attivarsi di tutta una concatenazione di strutture normative: il processo, con le sue ormai risalenti e radicate problematiche; le pene accessorie e l’apparato legislativo e regolamentare penitenziario, per richiamarne solo alcune. E ognuna di queste strutture finisce in qualche modo per intersecarsi con il finalismo rieducativo, interferendo sulle situazioni giuridiche soggettive della persona alla luce delle quali il grado di conformità o non conformità al principio di cui all’art. 27, terzo comma, Cost. va analizzato. Di conseguenza, l’ideale della rieducazione trova peculiari forme di ipostatizzazione, di ulteriore precisazione, di sviluppo normativo rispetto a una pluralità di opzioni legislative che non si esauriscono in fattispecie di reato e pene.

Chiaramente, ciò non toglie che i più evidenti punti di emersione di questa normatività siano individuabili proprio nella giurisprudenza sulla *ragionevolezza delle pene*, in cui il *finalismo rieducativo* assurge a *fondamentale presupposto teorico e argomentativo nella costruzione del giudizio di proporzionalità*¹⁷⁷.

contraria debba seguire un atto coattivo come conseguenza» – e Hart – che parla del diritto come «insieme di ordini coercitivi» spiegandolo col ricorso al «modello del bandito» (si vedano, rispettivamente, H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, 70, e H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), tr. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 26 ss.). Volgendo lo sguardo all’Italia, si può rammentare come nella riflessione di Norberto Bobbio il problema della definizione del diritto si sposti dalla norma all’ordinamento giuridico. Di fronte alla questione del carattere coesistenziale delle sanzioni alle norme giuridiche l’illustre autore riteneva non necessario che ogni norma fosse accompagnata da sanzione organizzata, dovendosi invece riferire la questione «non alle singole norme ma all’ordinamento normativo preso nel suo complesso», dal che la conclusione che l’ordinamento giuridico «non implica che tutte le norme di quel sistema siano sanzionate, ma soltanto che lo siano la maggior parte» (N. BOBBIO, *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 16). Di recente, al di là della diade obbligo-sanzione, non è mancato chi ha tentato di portare a emersione e valorizzare, all’interno dell’esperienza giuridica, la sua dimensione fiduciaria (T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021, diffusamente, il quale nello strutturare la propria riflessione riprende non a caso alcuni passaggi – fra gli altri – proprio di Hobbes, Kelsen e Hart).

¹⁷⁷ Nella già sentenza n. 313 del 1990 si legge ad esempio che il finalismo rieducativo «è ormai da tempo diventato patrimonio della cultura giuridica europea, particolarmente per il suo collegamento con il “principio di proporzione” fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall’altra». In seguito, con la sentenza n. 343 del 1993, che ha censurato la cosiddetta spirale di condanne in caso di renitenza alla leva, si è affermato che una sproporzione palese «del sacrificio della libertà personale che così si realizza produce, infatti, una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall’art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione». Con la sentenza n. 341 del 1994, un altro autentico *leading case* in tema di giudizio sulla proporzionalità della pena, la Corte ha ripreso tale passaggio affermando che tale principio «implica pertanto un costante “principio di proporzione”» fra pena e offesa. Venendo alle pronunce più recenti, nella sentenza n. 68 del 2012 si afferma che una pena palesemente sproporzionata rispetto al fatto in concreto commesso «vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa». Con la sentenza n. 236 del 2016 in tema di alterazione di stato si è osservato che l’accoglimento della questione «riconsegna al

Ora, sebbene sia vero che l'idea di proporzionalità nella compressione di un diritto fondamentale alla luce dell'implementazione di altri valori costituzionali¹⁷⁸ non è un'esclusiva del ricorso al potere punitivo di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., ciò che in caso di ricorso a tale potere cambia è che la di norma ineguagliata afflittività nella compressione dei diritti propria delle sanzioni penali – che ne dimostra una probabilmente ineliminabile dimensione retributiva – trova un ulteriore fattore di contenimento, di 'mitigazione costituzionale' proprio nella funzionalizzazione delle strutture normative nella prospettiva della garanzia di una sempre possibile rieducazione¹⁷⁹, di un recupero sociale della persona. E la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni offre vari esempi in cui a confliggere con il finalismo rieducativo sono state anche norme altre rispetto a pene e reati. Il principio dispiega dunque la sua efficacia conformante su legislazione e giudizio sulle leggi non soltanto nella giurisprudenza in tema di dosimetria sanzionatoria¹⁸⁰, di cui si è detto, e nell'eterogenea e di non semplice composizione sistematica linea giurisprudenziale in tema di automatismi legislativi, di cui si dirà a breve. V'è infatti tutta una nutrita serie di pronunce riguardanti la tutela dei diritti fondamentali in ambito penitenziario in cui il canone della ragionevolezza è stato funzionale a valutare il grado di compatibilità di leggi che a vario titolo limitavano i diritti

giudice la possibilità di adeguare effettivamente, con risultati apprezzabili nel sistema vigente, la pena alle circostanze del caso concreto, calibrandola altresì alla finalità rieducativa cui essa deve mirare». Nella sentenza n. 179 del 2017 si legge che il principio di proporzionalità della pena si è innestato sul «fertile terreno» dei principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost., «che esigono di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale». Nella sentenza n. 222 del 2018 in tema di bancarotta si legge invece che è imprescindibile che le pene accessorie «non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato, tanto da vanificare lo stesso obiettivo di "rieducazione" del reo, imposto dall'art. 27, terzo comma, Cost.». Nella sentenza n. 233 del 2018 si legge invece che in caso di concorso di pena detentiva e pena pecuniaria «non può ritenersi incongrua la scelta di assegnare primariamente a quest'ultima – dando rilievo all'unitarietà del trattamento sanzionatorio complessivamente predisposto dal legislatore – il compito di realizzare la funzione rieducativa». E ancora, nella sentenza n. 40 del 2019 la Corte afferma che al raggiungimento della rieducazione «è di ostacolo l'espiazione di una pena oggettivamente non proporzionata alla gravità del fatto, quindi, soggettivamente percepita come ingiusta e inutilmente vessatoria e, dunque, destinata a non realizzare lo scopo rieducativo verso cui obbligatoriamente deve tendere».

¹⁷⁸ Ecco emergere una volta ancora la tensione assiologica fra rispetto della persona e sicurezza sociale, su cui riposa l'intero discorso su legittimazione e limiti al potere di punire.

¹⁷⁹ Osserva V. MONGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009, 197 s. che, all'obiezione propria di «settori della sinistra critica o abolizionista» per cui l'ideale della rieducazione sarebbe innervato da tratti illiberali, e a quella «dell'asserita illegittimità delle ingerenze manipolatrici nella sfera personale del condannato, cui condurrebbe la filosofia paternalistica del trattamento», in realtà potrebbe replicarsi che si tratta di un rischio che non è certo un'esclusiva della sola rieducazione, e che «la scelta di campo per la rieducazione deve necessariamente alimentarsi dei principi personalistico e solidaristico che fondano il nostro ordinamento giuridico».

¹⁸⁰ Va comunque sottolineato, e sul punto torneremo in sede di analisi complessiva del nuovo corso giurisprudenziale della Corte, che il giudizio sulla ragionevolezza delle sanzioni non è suscettibile di riempirsi di contenuto solo in relazione al finalismo rieducativo. La qualità e quantità delle pene deve infatti risultare legislativamente determinata in termini ragionevoli anzitutto rispetto ai diritti fondamentali su cui le stesse incidono. Tant'è che non casualmente taluni studiosi non escludono l'individuazione del parametro di giudizio, fra gli altri, nell'art. 13 Cost.

fondamentali *anche* rispetto al finalismo rieducativo, al netto del fatto che si trattasse di questioni attinenti a strutture normative penali sostanziali o processuali¹⁸¹. E il finalismo rieducativo si dispiega pure in relazione ai condannati alla pena massima comminabile nell'ordinamento italiano, l'ergastolo, dove la necessaria «progressività trattamentale e flessibilità» costituiscono elementi che riflettono un dover essere costituzionale rappresentato dal «graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena», il che si situa per la Corte in coerenza con «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena»¹⁸². E ancora, dando continuità a un'interpretazione del finalismo rieducativo espressa sin dagli anni Novanta, la discrezionalità legislativa nell'ambito del diritto penitenziario è ritenuta dalla Corte soggetta al vincolo del divieto di «disconoscere il percorso rieducativo effettivamente compiuto dal condannato»¹⁸³, limite pregnante che opera anche nel caso in cui la Corte non stia scrutinando norme che determinando «una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato» sono soggette al divieto di retroattività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; un divieto, com'è noto, finalmente esteso a partire dalla sentenza n. 32 del 2020 (rel. Viganò), di cui pure diremo più oltre, anche all'esecuzione penale¹⁸⁴. Ed è sempre in questa prospettiva che la Corte costituzionale è ad esempio giunta a dichiarare illegittimo il divieto assoluto di esercizio dell'affettività in carcere nell'importante sentenza n. 10 del 2024¹⁸⁵.

¹⁸¹ Si pensi a titolo di esempio alla sentenza n. 113 del 2020 (rel. Viganò), con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del termine di ventiquattr'ore di cui all'art. 30 *ter*, comma 7, ord. penit. per proporre reclamo avverso il provvedimento con cui il magistrato di sorveglianza decide sul permesso premio, che nel dispositivo opera una manipolazione sostitutiva con un termine di quindici giorni tratto a rime possibili. La Corte rileva qui, oltre all'illegittima compressione del diritto di difesa anche un indiretto ostacolo al realizzarsi della funzione rieducativa della pena «nell'eventualità di decisioni erranee del magistrato di sorveglianza, che l'interessato non abbia la possibilità di contestare efficacemente avanti al tribunale di sorveglianza proprio per effetto dell'eccessiva brevità del termine concessogli per il reclamo» (punto 3.3 del *Considerato in diritto*).

¹⁸² Sentenza n. 149 del 2018 (rel. Viganò), punti 5 e 7 del *Considerato in diritto*. Un'affermazione, l'ultima riportata, che secondo E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Dir. pen. cont.*, 7, 2018, 147 si porrebbe «agli antipodi» con la giurisprudenza costituzionale che afferma l'indifferenza nell'individuazione del fondamento finalistico della pena alla luce della teoria polifunzionale. In realtà, come abbiamo cercato di argomentare (I.3.2) è proprio la ricostruzione delle pene come connotate da una polifunzionalità a consentire di dare unità e coerenza a questa declinazione del potere punitivo da parte del legislativo, perché è esattamente quella che consente di tenere insieme, in un quadro di legittimità costituzionale, forme di esercizio della discrezionalità politica del legislatore funzionali a implementare istanze di sicurezza sociale in una dimensione del tutto retributivo-repressiva, come ad esempio molti istituti di contrasto alla criminalità organizzata. E ciò sebbene non manchino tesi per le quali vari istituti di questo tipo sarebbero incompatibili con la legalità costituzionale – pensiamo ad esempio alle radicali critiche mosse al regime di 'carcere duro' di cui all'art. 41-bis ord. penit. da A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in F. Corleone e Id. (a cura di), *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2016, 193 ss.,

¹⁸³ Così la sentenza n. 32 del 2020, punto 5 del *Considerato in diritto*.

¹⁸⁴ Si veda III.8.

¹⁸⁵ «L'ordinamento giuridico», si legge in questa fondamentale pronuncia, «tutela le relazioni

Avanzare l'ipotesi che la maggiore pregnanza ascrivita alla normatività del finalismo rieducativo come parametro sia il principale fattore di mutamento del giudizio costituzionale in materia penale sarebbe sicuramente azzardato; e tuttavia, proprio la sua specifica capacità di elevare il potenziale conformativo della legalità costituzionale sulla legislazione ordinaria – una conformazione che comunque varia a seconda degli ambiti ai quali ci si riferisce – lo rende senz'altro uno degli elementi fondanti su cui il nuovo corso si innesta. La stessa «nuova sensibilità» della necessità costituzionale di tutela effettiva dei diritti fondamentali di cui parla la Corte costituzionale può del resto esser letta anche alla luce di questi assestamenti interpretativi.

Si è già visto come il richiamo alla finalità rieducativa sia decisivo nello sviluppo sostanzialista del giudizio sulla ragionevolezza delle pene. Ma un altro ambito in cui essa assume un ruolo decisivo – lo si è anticipato – è quello rappresentato dalle norme del tessuto legislativo penale che si sostanziano in automatismi legislativi, nei cui giudizi di legittimità il finalismo rieducativo rappresenta il parametro che riempie di contenuto il sindacato di ragionevolezza. Una linea giurisprudenziale rispetto alla quale è legittimo chiedersi se vi siano stati cambiamenti in qualche modo paragonabili a quelli intervenuti in tema di proporzione sanzionatoria, di cui passiamo a dire.

5. Gli automatismi legislativi in materia penale.

Degli automatismi legislativi si è già fatto qualche minimo cenno. Si tratta di norme «non in grado di assorbire le eccezioni» che il caso concreto pone rispetto alla selezione delle qualità del fatto operate con l'individuazione della fattispecie a causa dell'automaticità delle loro conseguenze giuridiche, dando luogo a lacune assiologiche, ovvero sia il «presentarsi come una soluzione non ottimale o *sub-ottimale*... rispetto a una norma o principio superiori»¹⁸⁶. Gli automatismi pongono

affettive della persona nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, riconoscendo ai soggetti legati dalle relazioni medesime la libertà di vivere pienamente il sentimento di affetto che ne costituisce l'essenza. *Lo stato di detenzione può incidere sui termini e sulle modalità di esercizio di questa libertà, ma non può annullarla in radice*, con una previsione astratta e generalizzata, insensibile alle condizioni individuali della persona detenuta e alle specifiche prospettive del suo rientro in società» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra). E in termini più espliciti, rispetto alla violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., la Corte precisa che «L'intimità degli affetti non può essere sacrificata dall'esecuzione penale oltre la misura del necessario, venendo altrimenti percepita la sanzione come esageratamente afflittiva, sì da non poter tendere all'obiettivo della risocializzazione. Il perseguimento di questo obiettivo risulta anzi gravemente ostacolato dall'indebolimento delle relazioni affettive, che può arrivare finanche alla dissoluzione delle stesse, giacché frustrate dalla protratta impossibilità di coltivarle nell'intimità di incontri riservati, con quell'esito di “desertificazione affettiva” che è l'esatto opposto della risocializzazione» (punto 4.3 del *Considerato in diritto*).

¹⁸⁶ L. PACE, *L'adequatezza della legge e gli automatismi*, cit., 67 ss., il quale, in un'ottica dichiaratamente descrittiva del fenomeno degli automatismi legislativi, riprende l'elaborazione di 'lacuna assiologica' formulata da C.E. ALCHOURRÓN ed E. BULYGIN, *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, 1987, tr. it. a cura di P. Chiassoni e G.B. Ratti, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005, nella rielaborazione del concetto operata da P. CHIASSONI, *Tecnica dell'argomentazione giuridica*, Bologna, 2007. Riflettendo su defettibilità delle norme e lacune

dunque un problema di compatibilità costituzionale in quanto «concepiti quali condizioni sufficienti che, in quanto tali, risultano incompatibili con la ragion sufficiente, ossia la ragionevolezza, imposta dall'assetto costituzionale»¹⁸⁷. Il ricorso a disposizioni di questo tipo implica dunque una profonda sfiducia del legislatore nei soggetti chiamati a interpretare e applicare il diritto, perché tende a ridurre le loro funzioni a una stretta attuazione legislativa¹⁸⁸. Tanto che in letteratura si è non a caso evocata l'immagine di un'«indebita interferenza funzionale»¹⁸⁹.

Se questi sono i termini della questione, dalla prospettiva della Corte costituzionale lo strumento ideale per sondare l'esistenza degli automatismi al fine di espungerli dall'ordinamento è allora, per forza di cose, il canone di ragionevolezza¹⁹⁰.

Nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni possono individuarsi varie linee in tema, a partire da quella sulle pene fisse di cui già si è in buona parte detto analizzando in particolare la sentenza n. 222 del 2018, alle cui pagine dedicate rinviamo. E tuttavia, si tratta sicuramente di una giurisprudenza indubbiamente più

assiologiche, R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Revus*, 14, 2010, 57 ss. sostiene che esse non sarebbero proprietà degli ordinamenti giuridici di per sé, non appartenendo quindi alla teoria dei sistemi normativi, ma alla teoria dell'interpretazione e che, dunque, esse «dipendono molto semplicemente dalle valutazioni degli interpreti», contestando la tesi per cui l'introduzione di un'eccezione all'interno di una norma si potrebbe giustificare soltanto da un'altra norma posta. L'Autore adduce ad esempio la celeberrima sentenza *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803): in particolare, l'affermazione per cui «a legislative act contrary to the constitution is not law» non sarebbe un enunciato interpretativo perché nessuna disposizione della Costituzione americana potrebbe interpretarsi in tal senso, rappresentando piuttosto «una tesi dogmatica, che esprime direttamente una norma e che consente alla Corte di trarre la norma ulteriore che conferisce ad essa il potere di disapplicare le leggi incostituzionali».

¹⁸⁷ Ivi, 72.

¹⁸⁸ Osserva ancora L. PACE, *op. ult. cit.*, 204, nota 55, come in effetti il ricorso congiunto a questa tecnica normativa e alle presunzioni legislative sarebbe volto a impedire che il giudice possa ostacolare il perseguimento dei fini individuati dall'indirizzo di politica criminale abbracciato dal legislatore, sottolineando come un simile «connubio» abbia in effetti trovato una frequente applicazione nel diritto penale dell'emergenza. Un terreno sul quale, fa notare l'autore, le pulsioni punitive tendono a torcersi in direzione del diritto penale del nemico, ovvero sia l'idea che a esser oggetto di reazione ordinamentale non sia il fatto criminoso ma l'autore del reato, il «soggetto pericoloso per la collettività», che è spesso individuato nello straniero. E invero, le stesse ricerche sul diritto delle migrazioni registrano una tendenza non rara all'adozione di simili scelte legislative proprio sul piano delle conseguenze legate al rapporto fra la condizione di straniero e l'applicazione di norme penali. Un approccio non esente da contraddizioni neppure in alcune decisioni della Corte costituzionale: ad esempio, non sono mancate pronunce (sentenza n. 148 del 2008) in cui è stata legittimata la differenza dei criteri ai quali si ancora la prognosi di non pericolosità a seconda che si guardi al giudizio ai fini della non esecuzione della pena (sede penale) o al giudizio di «indesiderabilità» dello straniero nel territorio italiano (sede amministrativa). Scissione che, si è osservato, riecheggiando la sovrapposizione dell'età prerepubblicana fra l'ordine pubblico e la ragion di Stato, aprirebbe le porte a sviluppi in grado di sfociare nel «puro arbitrio» (M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 288).

¹⁸⁹ Così A. LONGO, *La Corte di cassazione apre le porte di Palazzo della Consulta alla recidiva obbligatoria*, in *Oss. cost.*, 1, 2015, 14, che riprende così l'immagine delle «interferenze funzionali» di Temistocle MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2010, 167 ss., utilizzata da quest'ultimo per descrivere dinamiche ritenute fisiologiche della forma di governo parlamentare.

¹⁹⁰ L. PACE, *op. ult. cit.*, 67.

ricca, peraltro nient'affatto circoscritta al solo diritto penale. Alla luce dei presupposti e delle implicazioni nella costruzione di automatismi, la questione sembrerebbe in fondo afferire a differenti declinazioni, a differenti concezioni della legalità¹⁹¹.

5.1. Recidiva.

Una linea giurisprudenziale di particolare interesse è quella in tema di recidiva, in particolare in relazione ai vincoli legislativamente posti alla latitudine valutativa del giudice nella determinazione della pena, problematica che risale alla novella dell'art. 99 cod. pen. attraverso la legge n. 251 del 2005¹⁹².

Una prima pronuncia sul tema è la decisione n. 183 del 2011 (rel. Lattanzi), con la quale la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 62 *bis*, secondo comma, cod. pen. nella parte in cui precludeva la possibilità di tener conto della condotta del recidivo reiterato susseguente al reato ai fini dell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, nel caso in cui questi fosse stato dichiarato colpevole di un delitto di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.

Il Giudice delle Leggi rileva qui una violazione dell'*id quod plerumque accidit*, che rappresenta uno dei tradizionali indici valutativi della ragionevolezza delle presunzioni legislative. Richiamando alcuni precedenti, la Corte osserva che «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa», e che in questo caso una simile formulazione risulta senz'altro agevole, in quanto «la recidiva può basarsi anche su fatti remoti e privi di rilevante gravità» e «la decisione può intervenire anche a distanza di anni dalla commissione del fatto per cui si procede e che successivamente l'imputato potrebbe aver tenuto comportamenti sicuramente indicativi di una risocializzazione in corso, o interamente realizzata, e potrebbe anche essere divenuto una persona completamente diversa da quella che a suo tempo aveva commesso il reato»¹⁹³. Argomentazioni il cui fuoco si sposta infine sul conflitto della presunzione con l'ideale rieducativo, che «non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio

¹⁹¹ Riprendendo l'esempio precedente, nella sentenza n. 148 del 2008, punto 4 del *Considerato in diritto*, si legge che «il cosiddetto automatismo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa». Commentando questo passo, si è osservato che per la Corte un simile meccanismo «è legittimo, essenzialmente perché è espressione della volontà generale, per definizione democratica e garantista. Non assume rilievo la contrarietà alla *rule of law*, che deriva dalla mancata applicazione dei principi generali del giusto procedimento e della proporzionalità» (così, ancora M. SAVINO, *op. ult. cit.*, 289).

¹⁹² In realtà, com'è stato osservato, inizialmente la riforma della recidiva aveva retto alla luce di una giurisprudenza costituzionale poi introiettata dalla Corte di cassazione grazie a «una logica paradossale di disattivazione delle preclusioni imposte dal legislatore, attraverso l'assunto per il quale gli effetti cd. "indiretti" della recidiva operano solo in caso di concreta "applicazione" della circostanza» (G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014, 3).

¹⁹³ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

operato e l'accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione», per cui negare al giudice «la possibilità di tenere conto del loro comportamento successivo alla commissione del reato»¹⁹⁴ è sufficiente a legittimare l'accoglimento della questione, con conseguente annullamento del divieto.

Un *leading case* in materia di recidiva e bilanciamento di circostanze è invece rappresentato dalla sentenza n. 251 del 2012 (rel. Lattanzi). La Corte era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. nella parte in cui escludeva che la circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 potesse esser dichiarata prevalente sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.

Il Giudice delle Leggi rileva che in realtà deroghe al bilanciamento tra circostanze «sono possibili e rientrano nell'ambito delle scelte del legislatore», risultando quindi sindacabili solo in caso di manifesta irragionevolezza o arbitrio, «ma in ogni caso non possono giungere a determinare un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale»¹⁹⁵. E in questo caso la manifesta irragionevolezza delle conseguenze sanzionatorie del divieto «è resa evidente dall'enorme divaricazione delle cornici edittali stabilite dal legislatore per il reato circostanziato e per la fattispecie base» di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. cit. e «dagli effetti determinati dal convergere della deroga al giudizio di bilanciamento sull'assetto delineato dallo stesso art. 73», che conduce a «un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen. per la recidiva reiterata, che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi»¹⁹⁶. La Corte rileva quindi che le differenze nel trattamento sanzionatorio tra le fattispecie di cui al comma 1 e 5 dell'art. 73 d.P.R. cit. si rinviene nella riconosciuta «minima offensività penale» riconosciuta ai fatti di lieve entità di cui al comma 5, il che «esprime una dimensione offensiva la cui effettiva portata è disconosciuta dalla norma censurata, che indirizza l'individuazione della pena concreta verso un'abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato». Di conseguenza, la Corte accerta una violazione del principio di offensività, tratto dall'art. 25, secondo comma, Cost.:

La recidiva reiterata riflette i due aspetti della colpevolezza e della pericolosità, ed è da ritenere che questi, pur essendo pertinenti al reato, non possano assumere, nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo: *il principio di offensività è chiamato ad operare* non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, *ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale*¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁵ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁹⁶ Punto 5 del *Considerato in diritto*. La Corte fa notare come da ciò derivi l'applicazione al recidivo reiterato di una pena minima di ben sei anni di reclusione, che equivale a una durata di ben sei volte superiore al minimo (di un anno) della pena detentiva prevista per il fatto di lieve entità.

¹⁹⁷ *Ibidem* (enfasi nostra).

A questo vizio se ne accompagnano due ulteriori, ovverosia la violazione del principio di eguaglianza¹⁹⁸ e, profilo più rilevante ai fini della nostra analisi, quella del principio di proporzionalità della pena il cui parametro viene qui ascritto al solo art. 27, terzo comma, Cost. Le argomentazioni alla base di quest'ultimo accertamento vanno infatti al cuore della questione degli automatismi. La Corte, richiamando la già citata sentenza n. 183 del 2011, osserva infatti che ci si trova in questo caso di fronte a

una deroga rispetto a un principio generale che governa la complessa attività commisurativa della pena da parte del giudice, saldando i criteri di determinazione della pena base con quelli mediante i quali essa, secondo un processo finalisticamente indirizzato dall'art. 27, terzo comma, Cost., diviene adeguata al caso di specie anche per mezzo dell'applicazione delle circostanze.

Di conseguenza, nonostante in via generale trattamenti differenziati per il recidivo non siano di per sé illegittimi, la regola preclusiva di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen. annullando la diversità delle cornici edittali di cui ai commi 1 e 5 dell'art. 73 d.P.R. cit. determina una risposta sanzionatoria palesemente sproporzionata che non può che essere «avvertita come ingiusta dal condannato», ed è dunque costituzionalmente illegittima¹⁹⁹.

Nel solco di questo *leading case*, e sempre sul divieto di prevalenza di determinate circostanze attenuanti a effetto speciale di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen. si sono poi innestate altre significative pronunce²⁰⁰, nelle quali questa preclusione dell'ipotesi di soccombenza della recidiva reiterata «impedisce il necessario adeguamento»²⁰¹ della pena rispetto alla gravità del fatto. È un punto chiave: l'adeguatezza della legge, nella norma astratta al caso concreto. Ed è curioso osservare come questa necessità di adeguamento sia in materia penale ancor più delicata in termini di dover essere costituzionale: se ci limitassimo a una mera adeguatezza potremmo infatti limitarci a richiamare il dispiegarsi dell'efficacia del principio di offensività, che pure opera in questi apparati argomentativi²⁰²; tuttavia,

¹⁹⁸ Perché fatti sostanzialmente differenti – ovverosia l'ipotesi del recidivo reiterato cui siano riconosciute le attenuanti generiche ma autore di un fatto 'non lieve' e quella del recidivo reiterato cui pure tali attenuanti siano riconosciute ma autore di un fatto lieve – ricevono lo stesso trattamento sanzionatorio (*ibidem*).

¹⁹⁹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁰ Sentenze n. 105 e 106 del 2014, n. 74 del 2016 e n. 205 del 2017, tutte con relatore Giorgio Lattanzi.

²⁰¹ Così, ad esempio, la sentenza n. 205 del 2017.

²⁰² Lo rileva anche F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 75, il quale tuttavia aggiunge che in tutte queste pronunce la Corte prescinderebbe nel giudicare della misura della pena dal riferimento a fattispecie assunte come *tertium comparationis*. Il che però non ci sembra corrisponda del tutto agli apparati argomentativi di queste decisioni, in cui si rileva sistematicamente anche la violazione del principio di eguaglianza; un profilo che, seppure assurga a questione autonoma rispetto alla sproporzione sanzionatoria in sé che si appunta invece sull'art. 27, terzo comma, Cost., torna sistematicamente a emersione quando la Corte osserva che la regola preclusiva di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen. incide sulla diversità delle cornici edittali, annullandola e determinando così una pena palesemente sproporzionata (si veda, in tal senso, ad esempio il punto 6 del *Considerato in diritto* della sentenza n. 106 del 2014). In definitiva, in questo filone giurisprudenziale la struttura del giudizio di ragionevolezza in termini diadici ci sembra – anche

la presenza del finalismo rieducativo in quest'area del tessuto legislativo fa sì che il giudizio di ragionevolezza sia assiologicamente più ricco perché riempito di contenuto da un ulteriore principio costituzionale, sia pur evidentemente interrelato con l'offensività stessa. Infatti, se la ragionevolezza è canone interpretativo attraverso cui valutare il grado di compatibilità della legge con i principi costituzionali, la presenza dell'ideale rieducativo incrementa senz'altro le possibilità valutative della Corte nel giudizio costituzionale. Tant'è che in alcune sentenze dove pure il giudice *a quo* non indicava il principio di offensività come parametro la Corte è giunta all'accoglimento anche alla luce della manifesta sproporzione sanzionatoria appuntata, si badi, sul solo art. 27, terzo comma, Cost.²⁰³ Ancora in tema di automatismi legislativi intorno alla recidiva, va segnalata la sentenza n. 185 del 2015 (rel. Lattanzi), con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 99, quinto comma, cod. pen. nella parte in cui prevedeva un aumento di pena obbligatorio in caso di commissione di un reato di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen.

Anche l'apparato argomentativo di questa pronuncia riprende il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, che – come dicevamo – è centrale nella giurisprudenza sugli automatismi.

Nel caso di specie, il rigido automatismo sanzionatorio cui dà luogo la norma censurata... è del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto della valutazione del giudice, prima di riconoscere che i precedenti penali sono indicativi di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo.

Il punto è che l'obbligatorietà dell'aumento di pena di cui alla norma censurata scatta anche nel caso in cui si tratti di «un solo precedente, lontano nel tempo, di poca gravità e assolutamente privo di significato ai fini della recidiva»²⁰⁴. V'è in altre parole uno scarto ritenuto inaccettabile tra la norma astratta e il caso concreto che la stessa ha la pretesa di regolare. Ma v'è di più. La Corte osserva infatti che l'automatismo sanzionatorio «non potrebbe giustificarsi neppure ritenendo che esso si fondi su una presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo», perché la presunzione in esame, incentrata su colpevolezza e pericolosità del reo, verrebbe qui giustificata dalla sola appartenenza del nuovo delitto nel catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., «ma non potrebbe trovare fondamento in un dato di esperienza generalizzato». L'*id quod plerumque accidit*, appunto. «Un dato del genere infatti non esiste», sottolinea la Corte, «posto che per le ragioni indicate ben possono ipotizzarsi accadimenti reali contrari alla generalizzazione presunta»²⁰⁵. Da qui la violazione del principio di

arrivando ad ammettere che *tendenzialmente* si configuri in questo modo – non così evidente quanto lo è invece nel filone che si innesta sulla sentenza n. 236 del 2016, perché la riemersione della figura comparativa sembra ancora abbastanza rilevante negli snodi argomentativi.

²⁰³ È ad esempio il caso della sentenza n. 106 del 2014.

²⁰⁴ Punto 9.1 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁵ Punto 9.2 del *Considerato in diritto*.

eguaglianza, cui si aggiunge quella della necessaria proporzionalità della pena ricondotta dalla Corte all'art. 27, terzo comma, Cost., per via del fatto che «la preclusione dell'accertamento della sussistenza nel caso concreto delle condizioni che dovrebbero legittimare l'applicazione della recidiva può rendere la pena palesemente sproporzionata, e dunque avvertita come ingiusta dal condannato, vanificandone la finalità rieducativa»²⁰⁶. L'obbligatorietà dell'aumento viene in questo caso eliminata attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale limitatamente alle parole «è obbligatorio e», il che evidentemente dimostra come il superamento dell'automatismo implichi moduli decisionali che non rispondono a logiche univoche e costanti, ma dipendono in gran parte dalla struttura linguistica delle disposizioni su cui le pronunce intervengono.

Venendo ad anni più recenti ma sempre alla luce di questi percorsi giurisprudenziali può essere poi inquadrata la sentenza n. 73 del 2020 (rel. Viganò), con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 89 cod. pen. («Vizio parziale di mente») sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.²⁰⁷

Il Giudice delle Leggi ritiene fondate la questione relativa alla preclusione al giudice di una valutazione in grado di consentirgli di comminare una pena proporzionata rispetto alla concreta gravità del fatto, mentre quella relativa all'art. 32 Cost. – tutela della salute vulnerata dalla pena – rimane assorbita.

Qui l'indice valutativo in cui si sostanzia il giudizio di ragionevolezza risiede nella «ridotta rimproverabilità soggettiva dell'autore; ridotta rimproverabilità che deriva, qui, dal suo minore grado di discernimento circa il disvalore della propria condotta e dalla sua minore capacità di controllo dei propri impulsi, in ragione delle patologie o disturbi che lo affliggono»²⁰⁸. Di fronte a questa valutazione, pur in presenza dell'indicatore di maggior colpevolezza rappresentato dalla recidiva reiterata²⁰⁹, «un tale inderogabile divieto di prevalenza non può essere ritenuto compatibile con l'esigenza, di rango costituzionale, di determinazione di una pena proporzionata e calibrata sull'effettiva personalità del reo», un'esigenza che esprime quelli che già nella sentenza n. 251 del 2012 sono definiti «equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale»²¹⁰. Invero, conclude la Corte, il divieto in questione operando «una indebita parificazione sotto il profilo sanzionatorio di fatti di disvalore essenzialmente diverso, in ragione del diverso

²⁰⁶ Punto 9.3 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁷ La Corte aveva per la verità già deciso delle questioni analoghe con ordinanza n. 145 del 2018 e sentenza n. 120 del 2017, ritenendole però irrilevanti in quanto i giudici rimettenti non avevano precisato le ragioni per cui ritenevano applicabile la recidiva sotto il profilo specifico della maggiore colpevolezza rivelata dalla decisione di commettere il delitto nonostante fosse stato in tali ipotesi riconosciuta la presenza di gravi patologie o disturbi della personalità che incidevano giocoforza sul grado di colpevolezza. Difetto di motivazione non riscontrato, invece, nell'ordinanza di rimessione su cui la questione ora in analisi si è innestata.

²⁰⁸ Punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

²⁰⁹ Indicatore che si basa, osserva la Corte, «sull'assunto secondo cui normalmente merita un maggiore rimprovero chi non rinuncia alla commissione di nuovi reati, pur essendo già stato destinatario di un ammonimento individualizzato sul proprio dovere di rispettare la legge penale».

²¹⁰ Punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

grado di rimproverabilità soggettiva che li connota», si pone anzitutto in contrasto con il principio di eguaglianza, la cui violazione risulta logicamente priora rispetto a quella del finalismo rieducativo. Nonostante questo, comunque, a rimanere assorbita è la sola questione rispetto alla prospettata dell'art. 32 Cost., a dimostrazione del fatto che anche nel nuovo corso la Corte non 'separa' con tanta facilità le considerazioni sulle eventuali violazioni del principio di eguaglianza rispetto a quelle più incentrate sulla sproporzione sanzionatoria considerata su un piano per così dire più 'sostanziale'²¹¹. Vero è che la dimensione valutativa non è affatto sganciata dal merito, afferendo la dichiarazione di illegittimità costituzionale nella maggior parte di queste pronunce a «circostanze espressive di un minor disvalore del fatto dal punto di vista della sua dimensione offensiva»²¹².

Argomento, quello del rapporto fra rimproverabilità soggettiva e misura della pena, che la Corte ha ripreso anche in seguito in relazione alle differenti fattispecie di omicidio, finendo per dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto assoluto della diminuzione di pena attraverso l'applicabilità della circostanza attenuante della provocazione e delle attenuanti generiche nei casi di omicidio commesso nei confronti di una persona familiare o convivente²¹³.

E così, nel solco delle pronunce di cui si è detto si sono pure innestate altre importanti decisioni²¹⁴, non sempre, tuttavia, incentrate sui *topoi* argomentativi prima riportati. Non sono mancate in tal senso ipotesi in cui la Corte ha fatto salvo l'esercizio della discrezionalità legislativa alla luce dell'individuazione della *ratio* sottesa alla norma non nell'implementazione della capacità di adeguamento della fattispecie a casi rispetto ai quali l'offensività era diversamente modulata, ma nel

²¹¹ Nell'ultima parte della pronuncia la Corte si premura di argomentare al fine di escludere che una simile conclusione implichi «il sacrificio delle esigenze di tutela della collettività contro l'accentuata pericolosità sociale espressa dal recidivo reiterato», indicando l'opportunità di ricorrere alle misure di sicurezza, la cui «razionale sinergia» con le pene «potrebbe così consentire un'adeguata prevenzione del rischio di commissione di nuovi reati da parte del condannato affetto da vizio parziale di mente, senza indebite forzature della fisionomia costituzionale della pena, intesa come reazione proporzionata dell'ordinamento a un fatto di reato (oggettivamente) offensivo e (soggettivamente) rimproverabile al suo autore» (punto 4.4 del *Considerato in diritto*).

²¹² Punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

²¹³ Divieto che era stato introdotto all'interno dell'ultimo comma dell'art. 577 cod. pen. attraverso la legge n. 69 del 2019 (cosiddetto 'codice rosso'). Osserva la Corte che «l'unica figura legale di omicidio volontario abbraccia condotte dal disvalore soggettivo affatto differente: dall'assassinio compiuto da un sicario o da un membro di un gruppo criminale contro un esponente di una cosca rivale, alla brutale uccisione della moglie o della compagna, sino a condotte omicide come quelle descritte dalle odierne ordinanze di remissione, maturate in contesti di prolungata e intensa sofferenza, causata da una lunga serie di soprusi e maltrattamenti posti in essere – colpevolmente o no – dalle stesse vittime; contesti, peraltro, di tale significatività da interrogare talvolta i giudici sulla possibile sussistenza della legittima difesa in capo agli autori dell'omicidio... Gradi di colpevolezza così differenti non possono non riflettersi nella misura della pena concretamente applicabile a chi abbia ucciso volontariamente un'altra persona». Una differenziazione imposta dalla necessaria proporzione sanzionatoria tra le pene e i fatti puniti e dal principio della personalità della responsabilità penale (punti 5.1, 5.2 e 5.2.1 del *Considerato in diritto*).

²¹⁴ Pensiamo ad esempio alla sentenza n. 94 del 2023 (rel. Amoroso) con cui è stato dichiarato illegittimo il divieto di ritenere prevalenti le circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata nelle ipotesi di reati puniti con la pena dell'ergastolo.

suo essere incentrata su profili di efficienza causale²¹⁵. O ancora, in altre ipotesi si è invece giunti all'accoglimento delle questioni alla luce del fatto che la limitazione della latitudine valutativa del giudice impediva alla norma così inapplicabile di dispiagare la sua funzione di riequilibrio sanzionatorio²¹⁶.

5.2. Reati ostativi.

La più nota e importante linea giurisprudenziale in tema di automatismi legislativi nel tessuto normativo penale è senz'altro quella che riguarda i reati ostativi all'accesso ai benefici penitenziari²¹⁷. Non senza una certa qual dose di

²¹⁵ È il caso della sentenza n. 88 del 2019 (rel. Amoroso), dove gli indici valutativi incentrati sull'offensività non sono affatto centrali. Entrando nello specifico, con questa pronuncia è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 590 *quater* cod. pen. rispetto agli artt. 3 e 27 Cost. sollevata in quanto il divieto di prevalenza o equivalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 590-*bis*, settimo comma, cod. pen. e il conseguente obbligo di riconoscere la diminuzione solo sulla pena aggravata sarebbe stata determinata una pena irragionevole e in contrasto con la finalità rieducativa. In breve, la disposizione assegna alle aggravanti a effetto speciale dei reati di omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime il regime di esclusione del giudizio di comparazione fra circostanze ex art. 69 cod. pen. La Corte rigetta la questione ricorrendo in questo caso all'argomento della sussistenza di «particolari esigenze di protezione di beni costituzionalmente tutelati, quale il diritto fondamentale e personalissimo alla vita e all'integrità fisica», alla luce della quale «ben può il legislatore dare un diverso ordine al gioco delle circostanze richiedendo che vada calcolato prima l'aggravamento di pena di particolari circostanze», salvo ovviamente che le sue scelte non trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio. Nel caso di specie, precisa la Corte, a differenza di molti precedenti l'attenuante a effetto speciale di cui si tratta «non identifica una fattispecie di minore offensività, ma si colloca sul piano del tutto distinto dell'efficienza causale dove opera il principio non già di proporzionalità, bensì quello di equivalenza delle concause dell'evento», dal che ne discende un'espansione della discrezionalità legislativa «nel dimensionare l'incidenza di tale, eccezionale e del tutto particolare, attenuante nel calcolo della pena», che in quest'ipotesi può dirsi «esercitata nel limite della non irragionevolezza» (punto 13 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra). Osserva peraltro la Corte che la differenza in termini di fattispecie fra l'omicidio stradale e l'omicidio colposo comune «costituisce ragione sufficiente del trattamento sanzionatorio differenziato» (punto 14 del *Considerato in diritto*) e che, in conclusione, rientra nella discrezionalità legislativa la modulazione dell'effetto diminutivo della pena dell'attenuante a effetto speciale in relazione a determinate aggravanti 'privilegiate' «allorché ricorra un generico concorso della colpa della parte offesa o di altre concause che rendono non esclusivo l'apporto causale dell'azione o dell'omissione del colpevole» (punto 15 del *Considerato in diritto*).

²¹⁶ È il caso deciso con la sentenza n. 55 del 2021 (rel. Amoroso), con cui la Corte ritenuto illegittimo il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 116, secondo comma, cod. pen. – reato commesso più grave di quello voluto da parte di qualcuno dei concorrenti – sulla recidiva reiterata sulla base dell'argomento per cui l'automatismo impediva l'esplicarsi del «necessario riequilibrio del trattamento sanzionatorio nella fattispecie del concorso anomalo» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

²¹⁷ Ovverosia quei reati rispetto ai quali l'art. 4-*bis* ord. penit. (introdotto dal decreto-legge n. 152 del 1992 e ben presto novellato dal decreto-legge n. 306 del 1992 in seguito alla strage di Capaci) inibisce o comunque rende meno agevole l'accesso ai benefici penitenziari per alcune categorie di condannati in ragione del titolo di reato per il quale è incorsa la condanna. Attualmente, la disciplina posta dall'art. 4-*bis* ord. penit. distingue tre diverse fasce corrispondenti a differenti gradi di pericolosità individuate in relazione ai titoli di reato: la prima fascia, concernente le persone condannate per reati afferenti alla criminalità organizzata, rispetto alla quale l'accesso ai benefici penitenziari è possibile soltanto in caso di collaborazione con la giustizia ex art. 58-*ter* ord. pen. o

semplificazione, potremmo riassumere questa giurisprudenza come incentrata sulla sanzione dell'illegittimità costituzionale di discipline legislative relative all'esecuzione penale irragionevolmente rigide e nella loro rigidità in antitesi con l'ideale rieducativo, che impone un certo margine di capacità di adeguamento delle pene in fase esecutiva, specie ove si tratti di pene di lunga durata. Si tratta in ogni caso di una giurisprudenza che, pur presentando profili di grande interesse nelle pronunce più recenti, affonda però le proprie radici addirittura negli anni Novanta: per illustrare i profili di novità della giurisprudenza più recente, un cenno a queste radici è imprescindibile.

Il punto di partenza, l'autentico *leading case* in materia è rappresentato dalla già richiamata sentenza n. 306 del 1993. In questa pronuncia, nonostante venga dichiarata illegittima in quanto irragionevole l'individuazione della mancata collaborazione con la giustizia come indice di presunzione della pericolosità sociale²¹⁸, si rinviene al contempo il principale elemento alla base della giurisprudenza successiva: la legittimità della presunzione di pericolosità sociale di chi commetta determinati tipi di reato, dal che ne deriva la conseguenziale legittimità della collaborazione con la giustizia come elemento necessario per l'accesso a benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione²¹⁹. In

comunque in caso di collaborazione oggettivamente non esigibile con prova di cessazione dei collegamenti con la criminalità organizzata (commi 1 e 1-bis); la seconda fascia, relativa a condannati per delitti comunque gravi ma non necessariamente connessi alla sfera della criminalità organizzata, i quali possono accedere ai benefici penitenziari in caso di assenza di elementi dai quali si possa desumere l'attualità dei collegamenti con la stessa criminalità organizzata (comma 1-ter); la terza fascia, relativa alla condanna riportata per reati a sfondo sessuale, rispetto alla quale l'accesso alle misure rieducative è subordinato ai risultati positivi seguenti all'osservazione scientifica della personalità condotta per almeno un anno a livello collegiale anche con la partecipazione di esperti (commi 1-quater e 1-quinquies). Qualche anno fa, la legge n. 3 del 2019 ha legato alla disciplina prevista comma 1 (prima fascia) anche alcuni reati contro la pubblica amministrazione, subordinando la fruizione di misure risocializzanti anche in ipotesi di condanna per la commissione di tali reati alla collaborazione con la giustizia: su quest'intervento e sulla nota declaratoria d'illegittimità costituzionale su di esso giunta con la sentenza n. 32 del 2020 torneremo a breve.

²¹⁸ In questa sentenza si riconosceva infatti che è «ben vero che la collaborazione consente di presumere che chi la presta si sia dissociato dalla criminalità e che ne sia perciò più agevole il reinserimento sociale. Ma dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa». Il fatto che tali collegamenti persistano, prosegue la Corte, è «un indice di pericolosità sociale che può ragionevolmente autorizzare la revoca della misura alternativa in quanto è addebitabile al condannato e testimonia un'effettiva carenza del processo di risocializzazione», e nell'ambito della verifica della pericolosità sociale «la mancata collaborazione con la giustizia può certo assumere valore indiziante. Ma quando il predetto accertamento dia esito negativo, stabilire che la misura alternativa già concessa debba essere revocata sulla sola base della mancata collaborazione trasforma in regolamentazione irragionevole della materia.» (punto 13 del *Considerato in diritto*).

²¹⁹ Una pronuncia non scevra da critiche, sul punto, in quanto 'salvando' il complesso normativo delineato dal comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit. «per espresse ragioni di politica criminale» avrebbe di fatto «palesamente ipotecato» le possibilità d'intervento delle pronunce successive, rendendole insuscettibili di riportare quest'area normativa nei confini della legalità costituzionale (così M.G. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 5, 1997, 1256). Un giudizio

definitiva, la Corte ritiene legittima la disciplina²²⁰, pur riconoscendo che «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita»²²¹.

Nelle successive pronunce degli anni Novanta, la disciplina legislativa è quindi stata ritenuta illegittima dalla Corte costituzionale soltanto in ipotesi in cui l'utile collaborazione richiesta per l'accesso a benefici o misure alternative risultava per varie ragioni oggettivamente impossibile²²², o in cui l'efficacia retroattiva delle norme non soltanto precludeva al magistrato di sorveglianza la possibilità di valutare il concreto grado di rieducazione raggiunto, ma impediva pure l'accesso a benefici o misure alternative a chi avesse già maturato i requisiti per fruirne, frustrandone così il percorso rieducativo²²³.

L'ambito applicativo dell'art. 4-bis ord. penit., progressivamente andato estendendosi, nel corso degli anni è stato dunque contenuto a fatica dalla Corte costituzionale. Prova ne sia pure la linea giurisprudenziale in cui emerge l'interesse del minore, in cui l'intervento della Corte con pronunce di accoglimento è stato condotto proprio facendo leva su un simile valore: si pensi alla sentenza n. 239 del 2014 (rel. Frigo), dove a essere dichiarato illegittimo è l'automatismo che precludeva l'accesso alla detenzione domiciliare alle detenute madri con prole di età pari o inferiore ai dieci anni. La Corte osserva infatti che l'indice presuntivo legale, se anche può giustificarsi in relazione a misure che riguardino la risocializzazione dell'autore del reato, non si giustifica più «quando al centro della tutela si collochi un interesse “esterno” ed eterogeneo, del genere di quello che al presente viene in rilievo»²²⁴. Argomento, il primo, certamente non nuovo alla giurisprudenza della Corte sugli automatismi, che si accompagna però all'elemento,

differenti sulla giurisprudenza successiva alla sentenza n. 306 del 1993 lo si può cogliere in L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 200, nota 47, il quale sottolinea comunque come tale giurisprudenza, seppur abbia riportato questa disciplina in un alveo di legalità costituzionale, non abbia comunque incrinato l'individuazione della collaborazione con la giustizia come «chiave di accesso al percorso rieducativo».

²²⁰ Osservando peraltro che è «certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia» (punto 11 del *Considerato in diritto*).

²²¹ *Ibidem*. Si potrebbe forse arrivare a dire che facendo salva la legittimità della collaborazione come chiave d'accesso a benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione nei termini in cui ha trovato posto nella specifica area normativa, si è di conseguenza fatto salvo un impianto normativo che, com'è stato pure di recente evidenziato, ha nel tempo inquadrato la collaborazione come una sorta di «sucedaneo» dell'idea di rieducazione (così C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, in *Arch. pen.*, 1, 2018, 6 ss.).

²²² Si vedano ad esempio le sentenze n. 357 del 1994 (dove l'impossibilità si traduce nella «limitata partecipazione al fatto criminoso») e n. 68 del 1995 (dove l'impossibilità si traduce invece nell'«integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile»).

²²³ Si vedano in tal senso le decisioni n. 306 del 1993, n. 445 del 1997 e n. 137 del 1999.

²²⁴ Osserva la Corte che in questo caso «il “costo” della strategia di lotta al crimine organizzato viene traslato su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

decisivo, dell'esistenza di un valore terzo e alla sua preminenza assiologico-costituzionale: l'interesse del minore. La necessità costituzionale dell'esistenza di una latitudine valutativa in capo al giudice è qui dettata proprio dalla considerazione di tale valore come non recessivo nello specifico bilanciamento; anzi, il giudizio sulla coerenza legislativa finisce qui per intrecciarsi in maniera «inestricabile» col bilanciamento stesso²²⁵. Di fatti, nella pronuncia si legge ancora che

affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata, per l'appunto, in concreto – così come richiede la citata disposizione – e non già collegata ad indici presuntivi – quali quelli prefigurati dalla norma censurata – che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni²²⁶.

Sentenza cui han fatto seguito altre, con le quali la Corte ha ad esempio esteso l'ambito applicativo della detenzione domiciliare speciale per le madri con prole di età pari o inferiore ai dieci anni condannate per uno dei reati di cui all'art. 4-bis ord. penit.²²⁷, o dichiarato illegittima la norma che precludeva alle detenute condannate alla pena della reclusione per uno dei reati di cui all'art. 4-bis, commi 1, 1-ter e 1-quater, ord. penit. l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni oppure lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena, salvo che la condannata avesse collaborato con la giustizia²²⁸.

Ma il vero banco di prova delle linee giurisprudenziali sull'art. 4-bis ord. penit., il quale nonostante gli interventi della Corte costituzionale ha negli anni visto progressivamente espandersi il proprio campo applicativo²²⁹, riguarda

²²⁵ L. PACE, *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014, 3951.

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Sentenza n. 76 del 2017 (rel. Zanon), dove leggiamo: «Non è in principio vietato alla legge differenziare il trattamento penitenziario delle madri condannate, a seconda della gravità del delitto commesso, ma la preclusione assoluta ora in esame è certamente lesiva dell'interesse del minore, e perciò dell'art. 31, secondo comma, Cost.», in quanto «vengono del tutto pretermessi l'interesse del minore ad instaurare un rapporto quanto più possibile "normale" con la madre, nonché la stessa finalità di reinserimento sociale della condannata... Questa sorta di esemplarità della sanzione» conclude la Corte «non può essere giustificata da finalità di prevenzione generale o di difesa sociale» (punto 2.2 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra).

²²⁸ Sentenza n. 174 del 2018 (rel. Zanon): «L'amministrazione penitenziaria prima, e il giudice poi, si trovano, così, al cospetto di una presunzione assoluta e insuperabile, non essendo loro concesso di bilanciare in concreto, a prescindere da indici legali presuntivi, le esigenze di difesa sociale rispetto al migliore interesse del minore». Il che, osserva la Corte, contrasta con quanto affermato nella precedente sentenza n. 76 del 2017 (punto 2.5 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra).

²²⁹ Si ricordano qui gli ampliamenti e le modifiche operati con la legge n. 279 del 2002 (che ha inserito fra i reati ostativi la riduzione in schiavitù, la tratta di persone e l'acquisto e l'alienazione di schiavi oltre ad aver traslato i reati di terrorismo dalla seconda alla prima fascia), con la legge n. 38 del 2006 (che ha inserito i reati di sfruttamento sessuale dei bambini e di pedopornografia anche a mezzo di internet), con il decreto-legge n. 11 del 2009 convertito con (significative) modifiche dalla legge n. 38 del 2009 (che ha disciplinato il percorso rieducativo dei condannati per reati contro la libertà sessuale introducendo l'elemento dell'osservazione scientifica della personalità, la cui disciplina è contenuta nel comma 1-quater), con la legge n. 172 del 2012 (con cui si è aggiunto il

probabilmente le pronunce in tema di ergastolo.

Il punto di partenza di un significativo scostamento dal *self-restraint* che poteva cogliersi negli anni passati può essere individuato nella sentenza n. 149 del 2018 (rel. Viganò).

La Corte era stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di un'ipotesi assai peculiare di ergastolo. Si trattava infatti della preclusione all'accesso ai benefici penitenziari nei confronti dei condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 cod. pen. («Sequestro di persona a scopo di estorsione») che abbiano causato la morte del sequestrato qualora non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni di pena, preclusione prevista dall'art. 58-*quater*, comma 4, ord. penit.: «un'eccezione in peius rispetto ad un regime già connotato di specialità peggiorativa», riprendendo le parole dell'ordinanza di remissione, dove si ipotizzava non a caso la violazione del principio di eguaglianza e del finalismo rieducativo – profili poi considerati congiuntamente nella decisione. Nel caso di specie, la Corte rileva un netto contrasto con la necessità costituzionale della progressività trattamentale e flessibilità della pena, «ossia del graduale reinserimento del condannato all'ergastolo nel contesto sociale durante l'intero arco dell'esecuzione della pena»: di fatti, la disciplina censurata non soltanto «sovverte irragionevolmente questa logica gradualistica, per ciò che concerne i soli condannati all'ergastolo a titolo di sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o eversione», ma rende pure teoricamente possibile – in un'ottica intrinsecamente irragionevole – l'accesso alla liberazione condizionale prima dei ventisei anni di pena scontata, che è però il solo momento a partire dal quale per il condannato sarebbe possibile accedere a permessi premio, lavoro all'esterno e semilibertà, ovverosia benefici «concepiti dal legislatore come naturalmente prodromici rispetto alla liberazione condizionale, che implica la completa (e potenzialmente definitiva) uscita dal carcere del condannato»²³⁰.

Profilo d'irragionevolezza intrinseca cui, a giudizio della Corte, si accompagna quello ulteriore per cui la sterilizzazione di ogni effetto pratico delle detrazioni di pena a titolo di liberazione anticipata sino al termine di ventisei anni disincentiva fortemente la partecipazione della persona condannata all'ergastolo al percorso rieducativo²³¹.

Infine, un terzo tratto d'irragionevolezza intrinseca viene rilevato nell'inibizione al giudice di qualsiasi valutazione individuale sul percorso rieducativo concretamente compiuto dal condannato durante l'esecuzione della pena, conseguenza dell'automatismo della preclusione temporale all'accesso ai benefici penitenziari «in ragione soltanto del titolo di reato che supporta la condanna». La Corte osserva

comma 1-*quinqies*, dove si prevede uno specifico programma riabilitativo per gli autori di delitti sessuali in danno di minori), con il decreto-legge n. 7 del 2015 (con cui si sono inserite in prima fascia le fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, commi 1 e 3 e di morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina di cui all'art. 12-bis d.lgs. n. 286 del 1998). Per una più puntuale ricostruzione si vedano L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015, 8 ss. e C. FIORIO, *Il “doppio binario” penitenziario*, cit., 2 ss.

²³⁰ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

²³¹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

infatti che qualora il condannato all'ergastolo abbia espiato parte della pena raggiungendo soglie temporali fissate ragionevolmente dal legislatore, allora eventuali preclusioni all'accesso ai benefici potrebbero essere considerate legittime soltanto a valle di valutazioni individuali da parte di un giudice, all'esito delle quali emergano peculiari ragioni ostative in termini di prevenzione speciale. Per converso, la Corte afferma essere in contrasto con la legalità costituzionale quelle preclusioni assolute all'accesso ai benefici penitenziari per archi temporali molto estesi nei confronti di particolari categorie di condannati, pur significativamente coinvolti in un percorso rieducativo e in assenza di indici di perdurante pericolosità sociale *ex art. 4-bis* ord. penit., «in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati»²³². L'esito del giudizio è la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* ord. penit. nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 cod. pen. che abbiano cagionato la morte del sequestrato, con ulteriore dichiarazione d'illegittimità in via consequenziale della preclusione nei confronti dei condannati all'ergastolo per il diverso delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione di cui all'art. 289-*bis* cod. pen.²³³

Di questa importante pronuncia si è detto che restituirebbe tre fondamentali indicazioni: *i)* il carattere sussidiario della reclusione in carcere e il carattere tendenzialmente prevalente delle misure alternative; *ii)* il fatto che una condanna a pena detentiva implichi l'incorporazione in essa di «tutte le sue potenziali varianti (per tipologia e per durata) contemplate dall'ordinamento penitenziario», dal che ne deriverebbe che quella poi in concreto scontata «dipenderà dal comportamento che il condannato terrà in futuro, durante la detenzione»; *iii)* «l'individuazione di un vero e proprio “blocco di costituzionalità”, adoperabile a parametro quando in gioco è la legittimità della pena», dal che ne deriverebbe che «l'effettività del meccanismo della liberazione anticipata, la possibilità di un accesso non remoto alle misure alternative, il diritto del detenuto a un periodico riesame dei suoi progressi trattamentali ad opera di un giudice, fanno corpo con l'art. 27, comma 3, Cost., fondando un giudizio di ragionevolezza intrinseca della comminazione editale decisa dal legislatore»²³⁴.

Pur condividendo l'inquadramento in termini di dover essere costituzionale

²³² Punto 7 del *Considerato in diritto*.

²³³ Peraltro, a seguito di questa pronuncia, nella relativa area del tessuto legislativo si era verificata la rilevante incongruenza per cui i condannati all'ergastolo godevano di un trattamento penitenziario più favorevole rispetto a quello riservato ai condannati a pena detentiva temporanea per i medesimi titoli di reato. Un'irragionevolezza della disciplina infine superata con la sentenza n. 229 del 2019. La persistenza della stessa per circa un anno in un certo qual modo ammonisce circa i modi in cui un ordinamento nel suo complesso può assestarsi dopo una pronuncia di corte costituzionale, non sempre rispondenti di per sé a indici di ragionevolezza; il che, si badi, non significa giungere a negare l'opportunità di certi interventi volti a ripristinare la legalità costituzionale, ma semplicemente prendere atto di un rischio, sempre presente, che non dev'essere sottovalutato, e che tanto più si accentua quanto più l'intervento della Corte costituzionale sul tessuto legislativo è invasivo.

²³⁴ A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Oss. cost.*, 3, 2018, 407.

dell'asserzione i) non siamo del tutto certi che una indicazione così significativa possa effettivamente trarsi dalla pronuncia della Corte. Certo è che invece i rilievi ii) e iii) riportano l'attenzione sulla prospettiva necessariamente gradualistica dell'attuazione costituzionale da parte del tessuto legislativo ordinario; l'incorporare la pena comminata in sede di condanna tutte le sue varianti e il blocco di costituzionalità individuato in istituti che l'Autore citato sembra considerare costituzionalmente necessari perché attuativi dell'ideale rieducativo ci riconducono sul tema che è in fondo l'autentico *leitmotiv* di questa sezione del nostro studio: l'adequatezza della legge. E in tal senso, *l'adequatezza della legge va parametrata non tanto a massime d'esperienza, quanto ai principi costituzionali*, a maggior ragione quando si tratti di un settore della legislazione dalla fortissima incidenza sui diritti fondamentali²³⁵. Un conto è infatti rilevare l'*illegittimità* per intrinseca irragionevolezza della legge in quanto fondata su dati «incontrovertibilmente erranei» o talmente indeterminati «da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice»²³⁶; altro è fondare il giudizio di *legittimità* della legge su massime di comune esperienza. L'*id quod plerumque accidit*, pur avendo una qualche utilità in termini empirici, è infatti criterio «privo di qualsiasi contenuto di scientificità», il cui utilizzo per far salva la legislazione ordinaria da una declaratoria d'incostituzionalità reca con sé il rischio di legittimare in maniera peraltro scientificamente infondata «scelte che sono il frutto di una precisa opzione di politica criminale»²³⁷. Dal che ne deriva – riportando il fuoco del discorso sulla compatibilità della legislazione con il finalismo rieducativo – la necessità di garantire un minimo spazio di latitudine valutativa in capo al giudice in fase esecutiva: una possibilità valutativa che, in termini di *dover essere*, non può che risultare congenitamente implicata al blocco di costituzionalità evocato in letteratura, anche e forse soprattutto in un settore in cui la legalità costituzionale assume le rigorosissime vesti della legalità penale. L'anno seguente, la fondamentale sentenza n. 253 del 2019 (rel. Zanon) si sarebbe posta in continuità con le risultanze giurisprudenziali contenute nella pronuncia del 2018²³⁸, la quale in effetti, a detta di alcuni osservatori, conteneva già «*in nuce* il seme dei successivi interventi»²³⁹. Per comprendere quanto il passo in avanti del 2019 sia importante occorre però, rimanendo alla metafora, farne due indietro. La Corte ha infatti per lungo tempo non soltanto giudicato la mancata collaborazione «come indice legale della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata e, quindi, della mancanza del sicuro ravvedimento del condannato», ma addirittura una presunzione «vincibile, posto che, con riferimento

²³⁵ Conveniamo qui con le riflessioni svolte da L. PACE, *L'adequatezza della legge e gli automatismi*, cit., 200 ss. Una legge perfettamente aderente a massime d'esperienza ben potrebbe essere, in effetti, in contrasto con determinati principi costituzionali.

²³⁶ Così la sentenza n. 114 del 1998, punto 4 del *Considerato in diritto*, in un passo in cui si riportano le condizioni affinché la funzione legislativa in materia penale possa essere considerata illegittimamente esercitata.

²³⁷ L. PACE, *op. ult. cit.*, 202.

²³⁸ S. TALINI, *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, III, 2019, 731.

²³⁹ O. PINI, *La giurisprudenza costituzionale sui reati ostativi: bilanciamento di valori ed equilibrio tra poteri*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 1515.

al principio di cui all'art. 27 della Costituzione... questa Corte ha ritenuto che l'oggettiva impossibilità o l'inesigibilità della collaborazione non è di ostacolo, in costanza di elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, alla concessione dei benefici penitenziari»²⁴⁰. Eppure, la fragilità di questo impianto argomentativo, incentrato sulla semplicistica deduzione *tout court* della pericolosità sociale dalla mancata collaborazione, non solo è stata ben messa in luce in letteratura²⁴¹, ma emergeva già dalla più volte citata sentenza n. 306 del 1993 della Corte costituzionale: nonostante la collaborazione consenta – in positivo – di presumere che chi la presti si sia dissociato dalla criminalità, per converso – in negativo – «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale: tanto più, quando l'esistenza di collegamenti con quest'ultima sia stata altrimenti esclusa»²⁴². Si tratta di una considerazione che sarebbe stata poi ripresa dalla Corte europea dei diritti umani, la quale in continuità con precedenti pronunce²⁴³ nella fondamentale sentenza *Viola c. Italia* n. 2²⁴⁴ ha accertato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 3 CEDU («Proibizione della tortura»)²⁴⁵. La sentenza della Corte europea rappresenta uno snodo fondamentale nel percorso lungo il quale

²⁴⁰ Sentenza n. 273 del 2001, punto 5 del *Considerato in diritto*.

²⁴¹ Ad esempio, tra i vari argomenti contrari, si è acutamente fatto notare che l'art. 27, quarto comma, Cost., il quale afferma l'inammissibilità della pena di morte, andrebbe inquadrato nel più ampio sistema giuridico con altri dati normativi tra i quali l'art. 24, quarto comma, Cost. che, sancendo il principio per cui «La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari», presuppone appunto l'errore del giudice come sempre possibile; per cui, se sempre possibile è la condanna di un innocente, «nessuno dovrebbe essere punito in modo irrimediabile», il che però «accade ancora, con la condanna all'ergastolo ostativo, il cui regime è un atto di fede verso un ordinamento infallibile» (A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Riv. AIC*, 2, 2014, 5). Riflessioni di tenore simile sono svolte da D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen.*, 1, 2015, 4, la quale evidenzia l'insostenibilità costituzionale di pene irrimediabili ancora in relazione al divieto di pena di morte: «La pena di morte e la pena fino alla morte collidono nello stesso modo con la funzione rieducativa-risocializzante. Eliminazione fisica, materiale, la prima. Eliminazione civile, virtuale, la seconda».

²⁴² Punto 13 del *Considerato in diritto* (enfasi nostra).

²⁴³ A partire da Corte EDU, Seconda Sezione, n. 24069/03, n. 197/04, n. 6201/06 e n. 10464/07, *Öcalan c. Turchia* n. 2, 18 marzo 2014. Si vedano anche, in continuità con tale pronuncia, Grande Camera, *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, *Murray c. Paesi Bassi*, 26 aprile 2016 e *Vinter e altri c. Regno Unito*, 9 luglio 2013.

²⁴⁴ Corte EDU, Prima Sezione, n. 77633/16, *Viola c. Italia* n. 2, 13 giugno del 2019. In margine alla pronuncia si è andata accumulando un'ampia mole di commenti. Si veda almeno, *ex plurimis*: D. GALLIANI e A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Oss. cost.*, 4, 2019, 191 ss.; E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2019, 925 ss.; F. FIORENTIN, *Il caso Viola n. 2. L'ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020, 67 ss.

²⁴⁵ Il divieto («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»), che ricalca il disposto dell'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, è dichiarato espressamente inderogabile dall'art. 15, par. 2, CEDU, sia in caso di stato di guerra, sia in caso di qualsiasi altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione.

si innesta la più recente giurisprudenza in tema di ergastolo ostativo²⁴⁶, foss'anche solo – e la sua incidenza non si limita certo a questo – sul piano delle precomprensioni garantistiche; una giurisprudenza costituzionale, quella che seguirà la sentenza della Corte EDU, che ha definitivamente incrinato i presupposti costituzionali su cui si era retta fino a quel momento la disciplina dell'ergastolo ostativo²⁴⁷. E torniamo così alla sentenza n. 253 del 2019.

Fino a questa pronuncia, lo si è visto, in tema di accesso ai permessi premio la Corte aveva limitato i propri interventi a profili più marginali della disciplina. Con questa sentenza, invece, viene finalmente aperta «una breccia nel regime ostativo penitenziario»²⁴⁸.

Nello specifico, la Corte era stata chiamata a giudicare circa due questioni di legittimità costituzionale che vertevano sulla preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari nei confronti del condannato all'ergastolo per i delitti

²⁴⁶ In particolare, la Corte europea, pur riconoscendo che «la legislazione interna non vieta, in maniera assoluta e con effetto automatico, l'accesso alla liberazione condizionale e agli altri benefici propri del sistema penitenziario», in quanto subordinata alla collaborazione con la giustizia (§ 101), «dubita della libertà di tale scelta, così come dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato» (§ 116). Si tratta di un punto evidentemente cruciale: con le successive argomentazioni, la Corte europea mette radicalmente in discussione l'apparato a sostegno dell'ergastolo ostativo, pur ritenuto convincente dalla menzionata sentenza della Corte costituzionale del 2003. Tra gli argomenti, emerge anzitutto quello portato dall'*amicus curiae* di 'L'Altro Diritto Onlus', alla luce delle cui osservazioni «il motivo principale del rifiuto di collaborare con la giustizia consisterebbe nel timore per i detenuti condannati per reati di tipo mafioso di mettere in pericolo la loro vita o quella dei loro familiari» (§ 117). La Corte «ne deduce che la mancanza di collaborazione non può essere sempre imputata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata soltanto dalla persistenza dell'adesione ai “valori criminali” e al mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza» (§ 118, il corsivo è nostro): è proprio in questo snodo argomentativo che viene richiamato e valorizzato il passaggio già citato della sentenza n. 306 del 1993, sulla base del quale non viene neppure esclusa, da parte della Corte, una collaborazione dettata dalla sola prospettiva dei vantaggi attribuiti in tal caso dalla legge, senza un reale ravvedimento o una dissociazione dall'ambiente criminale (§ 119). Allora, «se altre circostanze o altre considerazioni possono spingere il condannato a rifiutarsi di collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta a uno scopo meramente opportunistico, l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione inconfutabile di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al percorso reale di rieducazione del ricorrente» (§ 120, il corsivo è nostro). L'iter argomentativo portante si conclude con la decisiva motivazione della violazione dell'art. 3 CEDU, incentrata sul rilievo che la presunzione assoluta «riconduce in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i reati sono stati commessi, invece di tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi eventualmente compiuti a partire dalla condanna» (§ 128), impedendo così il giudice di «effettuare una valutazione del percorso individuale del detenuto e della sua evoluzione sulla strada della risocializzazione» (§ 129).

²⁴⁷ Convergono ad esempio nella prognosi ragionevolmente certa di un prossimo superamento dell'ergastolo ostativo E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia*, cit., e A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Cortecostituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in Riv. AIC, 1, 2020, 501 ss. nonché in Giur. cost., 6, 2019, 3345 ss. I contributi citati sono stati ripubblicati nel volume AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle corti*, cit.; le previsioni del superamento dell'ergastolo ostativo sono rinvenibili rispettivamente alle pagine 96 e 143-144 del volume.

²⁴⁸ A. PUGIOTTO, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in Forum di Quad. cost., 1, 2020, 160 ss. nonché in Studium Iuris, 4, 2020, 399 ss., ora in AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle corti*, cit., 117 ss.

commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis cod. pen. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia²⁴⁹.

L'apparato argomentativo della sentenza – di cui ci limitiamo a ripercorrere i principali snodi – è incentrato proprio sul carattere assoluto della presunzione²⁵⁰, da cui la Corte fa discendere tre distinti corollari sulla base dei quali giunge alla declaratoria di illegittimità costituzionale. Al netto della risalente affermazione del riconoscimento del diritto al silenzio («corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost.») anche durante l'esecuzione penale, la mancata collaborazione ingenera conseguenze afflittive ulteriori a carico della persona, e così facendo «opera una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare ai sensi dell'art. 58-ter ord. pen., che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto»²⁵¹. La previsione dell'inammissibilità della richiesta di permesso premio impedisce infatti al magistrato di sorveglianza qualsiasi valutazione sulla condizione del detenuto e di conseguenza «può arrestare sul nascere il percorso risocializzante, frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada»²⁵². Una simile, assoluta presunzione di pericolosità sociale «a prescindere da qualsiasi valutazione in concreto», la quale «presupponga l'immutabilità, sia della personalità del condannato, sia del contesto esterno di riferimento» risulta per la Corte fallace, poiché durante l'esecuzione penale «assume invece ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere», ed «esige una valutazione in concreto, che consideri l'evoluzione della personalità del detenuto»²⁵³. Ne consegue la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis cod. pen. e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma

²⁴⁹ Questioni di legittimità costituzionale sollevate, rispettivamente, dalla Corte di cassazione (Sez. I, ordinanza 20 dicembre 2018) e dal Tribunale di Sorveglianza di Perugia, ordinanza 23-28 maggio 2019, su cui v. G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI (a cura di), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Atti del Seminario, Ferrara, 27 settembre 2019, consultabile in *Forum di Quad. cost.*, 10, 2019.

²⁵⁰ «Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria. Mentre una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena, non regge, invece, il confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. – agli specifici e limitati fini della fattispecie in questione – una disciplina che assegni carattere assoluto alla presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata» (punto 8 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri). Una presa d'atto che implica già di per sé stessa il superamento dell'impostazione alla base della precedente sentenza n. 135 del 2003.

²⁵¹ Punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

²⁵² Punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

²⁵³ Punto 8.3 del *Considerato in diritto*.

dell'art. 58-ter ord. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti²⁵⁴.

È appena il caso di sottolineare che la sentenza n. 253 del 2019 è stata pure individuata come il punto di «una riemersione» della più tradizionale dottrina delle 'rime obbligate'²⁵⁵. La Corte procede infatti anche qui a scandagliare in profondità le maglie del tessuto legislativo, giungendo alla conclusione che «l'acquisizione di stringenti informazioni in merito all'eventuale attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (a partire da quelli di natura economico-patrimoniale)» è non soltanto grandezza già rinvenibile nell'ordinamento, «ma è soprattutto criterio costituzionalmente necessario... per sostituire in parte qua la presunzione assoluta caducata, alla stregua dell'esigenza di prevenzione della “commissione di nuovi reati” (sentenze n. 211 del 2018 e n. 177 del 2009) sottesa ad ogni previsione di limiti all'ottenimento di benefici penitenziari (sentenza n. 174 del 2018)»²⁵⁶.

«In breve», si è osservato, «nel momento in cui è stata assunta una decisione particolarmente forte... la Corte è tornata a fare appello alle cd. rime obbligate», con ciò rispondendo a un tempo all'esigenza di «rendere la motivazione più persuasiva» e a quella di sottolineare la necessità di non perdere comunque di vista il fine di prevenzione e repressione dei reati, il che illuminerebbe la differenza principale fra dottrina delle 'rime obbligate' e dottrina dei 'versi sciolti': «la prima, più della seconda, si presta a cristallizzare i punti di equilibrio fissati dal giudicato costituzionale, sottraendoli a ulteriori spostamenti legislativi»²⁵⁷.

Alla sentenza n. 253 ha poi fatto seguito la n. 263 del 2019 (rel. Amato) in tema di estensione dell'ostatività ai benefici penitenziari nei confronti dei condannati minorenni: un ulteriore, significativo consolidamento di tale giurisprudenza. Uno degli aspetti maggiormente rilevanti di questa pronuncia è il mancato utilizzo della tecnica dell'assorbimento²⁵⁸ nonostante ai fini dell'accoglimento della questione fosse senz'altro sufficiente la rilevazione dei vizi di legittimità formale – eccesso

²⁵⁴ Dal momento che i vizi di incostituzionalità attengono al carattere assoluto della disciplina e che questi non afferiscono solo ai delitti di cui all'art. 416-bis cod. pen., al fine di evitare «la creazione di una paradossale disparità», la Corte dichiara l'illegittimità consequenziale dell'art. 4-bis, comma 1, ord. penit. nella parte in cui prevede la preclusione per i condannati per tutti gli altri reati ostativi ivi indicati (punto 12 del *Considerato in diritto*).

²⁵⁵ D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 161.

²⁵⁶ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

²⁵⁷ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 162 ss.

²⁵⁸ La tecnica dell'assorbimento giudiziario propriamente inteso rispecchia sul piano strutturale il concetto di assorbimento proprio della logica formale. Più precisamente, con riferimento al calcolo proposizionale, la legge di assorbimento che in relazione al calcolo proposizionale si traduce nei seguenti termini: $p \vee (p \wedge q) \leftrightarrow p$, $p \wedge (p \vee q) \leftrightarrow p$. Essa autorizza la sostituzione reciproca di $p \vee (p \wedge q)$ e di $p \wedge (p \vee q)$ «in ogni formula del calcolo proposizionale nella quale compaiano... Quando la sostituzione è stata effettuata si è operato l'assorbimento» (M. MUGNAI, *Assorbimento (legge di)*, in N. Abbagnano (a cura di), *Dizionario di filosofia*, III ed., Torino, 1998, 90). Trasposto sul piano della decisione giudiziaria, l'assorbimento in senso proprio richiede la sussistenza di un nesso d'implicazione logica tra la questione assorbente e le questioni assorbite che «consente di rinvenire nella decisione della questione assorbente la soluzione del dubbio di costituzionalità inerente ai profili assorbiti» (G. PELEGATTI, *“Motivi assorbiti” e giudizio di costituzionalità*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 14).

di delega²⁵⁹ – dell’art. 2, comma 3, d.lgs. n. 121 del 2018, che si colloca su un piano logicamente priore rispetto a un giudizio di merito sull’asserito contrasto con i parametri individuati negli artt. 27, terzo comma e 31, secondo comma, Cost. Nonostante il riscontro dell’invalidità formale, la Corte si spinge infatti a giudicare anche dei profili più marcatamente sostanziali, dichiarandone l’incostituzionalità anche in relazione al contrasto con la finalità rieducativa della pena, finalità che in riferimento ai minori «è da considerarsi, se non esclusiva, certamente preminente»²⁶⁰. Non solo. A differenza della precedente sentenza n. 253 – almeno rispetto alla peculiare declinazione assiologica dell’ideale rieducativo in relazione ai minori²⁶¹ – tale pronuncia non si limita a censurare il carattere assoluto della presunzione, ma la dichiara integralmente incostituzionale. Al di là delle peculiarità della posizione costituzionale riconosciuta al minore, si possono cogliere in questo tipo di pronuncia alcuni tratti già ampiamente riscontrati in altre: l’espansione dell’ideale rieducativo nel giudizio costituzionale e la tendenza a dare letture assai più pregnanti del passato ai principi del diritto costituzionale delle pene, che si accompagna all’accantonamento della tradizionale, altissima cautela che ha a lungo caratterizzato gli interventi della Corte in quest’ambito.

Arriviamo così alla chiusura del cerchio sulla giurisprudenza in tema di reati ostativi con la questione di legittimità costituzionale sollevata qualche anno fa dalla Corte di cassazione in relazione all’art. 4-bis, comma 1 e all’art. 58-ter ord. penit. nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, per il supposto contrasto con gli artt. 3, 27, terzo comma e 117, primo comma, Cost.

Si tratta di una questione assai nota, che rispetto alla sentenza n. 253 del 2019 ha visto il fuoco della questione spostarsi dalla preclusione dell’accesso ai permessi premio a quella dell’accesso alla liberazione condizionale, istituto che presenta nell’ordinamento penitenziario profili di enorme rilevanza²⁶², non foss’altro che per

²⁵⁹ Si veda in tal senso, in termini difficilmente equivocabili, il punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁰ La Corte richiama qui la sentenza n. 168 del 1994.

²⁶¹ «Nell’esecuzione della pena nei confronti dei condannati per fatti commessi da minorenni, il contrasto di questo modello decisorio [quello fondato sulla presunzione assoluta già censurata con la sentenza n. 253, ndA] con il ruolo riconosciuto alla finalità rieducativa del condannato si pone in termini ancora più gravi» (punto 4.1 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra)

²⁶² Individuata dal codice penale quale causa di estinzione della pena (artt. 176 e 177), subisce una sorta di eterogenesi dei fini, in quanto «nasce come strumento utile per la gestione degli istituti penitenziari e gradualmente si trasforma in strumento del trattamento rieducativo, diretto alla risocializzazione del condannato» (M.G. CHIAPPETTA, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020, 223 ss.). Non a caso, la stessa Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità dell’ergastolo (art. 22 cod. pen.) in relazione al finalismo rieducativo e al divieto di pene contrarie al senso di umanità di cui all’art. 27, terzo comma, Cost., ha individuato proprio nella liberazione condizionale – la cui facoltà di concessione era stata sottratta alla decisione discrezionale del Ministro di grazia e giustizia con la sentenza n. 207 del 1974, che riconosceva al condannato il diritto di accedervi ricorrendone i presupposti, che avrebbe dovuto «trovare nella legge una valida e ragionevole garanzia giurisdizionale» (la legge n. 6 del 1975 avrebbe poi attribuito alla Corte d’appello) – oltre che nel carattere polifunzionale della pena, elementi sulla base dei quali escluderne

il fatto di essere «l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo»²⁶³.

L'importante questione si presentava dinanzi alla Corte costituzionale accompagnata da uno stratificato insieme di dati giurisprudenziali – di matrice convenzionale, oltre che costituzionale – i quali non a caso avevano spinto molti osservatori a prognosticare un verosimile accoglimento²⁶⁴. In questo contesto, l'invarianza del quadro legislativo di riferimento, la rilevanza dei propri precedenti del 2019 e lo stesso, limpido indirizzo giurisprudenziale della Corte europea dei diritti umani, rappresentavano dati decisivi nell'indurre la Corte costituzionale a rilevare gravi sofferenze costituzionali derivanti dalla disciplina dell'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale. Ebbene, la Corte rileva il contrasto della disciplina ostativa con i principi costituzionali, e osserva che, nonostante la propria giurisprudenza più risalente, in particolare la sentenza n. 135 del 2003, insistesse sulla «libertà» della scelta di collaborare o meno, gli apprendimenti giurisprudenziali contenuti nella sentenza n. 253 del 2019 e nella stessa pronuncia della Corte EDU *Viola c. Italia* n. 2 giustificano un definitivo *overruling* anche in relazione alla preclusione assoluta relativa alla liberazione condizionale. Tuttavia, a questi rilievi segue una serie di argomenti, fra cui la differenza funzionale tra liberazione condizionale e permessi premio, il rischio di alterazione dell'equilibrio dell'area legislativa derivante da un eventuale intervento demolitorio – a sua volta accompagnato da ulteriori sotto-argomenti – il che spinge la Corte a ricorrere alla tecnica decisoria adottata nel celeberrimo *caso Cappato-Antoniani*, rinviando di un anno la trattazione della causa, «dando al Parlamento un congruo tempo per affrontare la materia». Questo, in estrema e forse eccessiva sintesi, il contenuto dell'ordinanza n. 97 del 2021 (rel. Zanon). Decisione a cui sarebbero poi seguite due ulteriori ordinanze, la n. 122 e la n. 227 del 2022, la prima per rinviare la trattazione di altri sei mesi e la seconda per restituire degli atti al giudice *a quo* a seguito di un intervento legislativo.

Sulla tecnica del monito con rinvio della trattazione torneremo più oltre²⁶⁵. Ciò che però ci è apparso non soltanto opportuno ma necessario evidenziare, è invece il fatto che *una differente lettura dei principi costituzionali* – che ci restituisce da sé tutta l'insostenibilità teoretica di una prospettiva per cui da una disposizione possa trarsi un'unica vera norma – *può condurre a ripensamenti così profondi nella giurisprudenza costituzionale da portare necessariamente a riconsiderare lo spazio del legittimo esercizio della funzione legislativa*. Guardando in particolare alla giurisprudenza in tema di automatismi, *la progressiva espansione della normatività di alcuni principi costituzionali e la strutturazione del giudizio di ragionevolezza*

l'incostituzionalità (sentenza n. 264 del 1974).

²⁶³ Sentenza n. 161 del 1997, punto 6 del *Considerato in diritto*.

²⁶⁴ Sulla quale si vedano gli interventi di M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, Atti del Seminario, Ferrara, 25 settembre 2020, consultabile in *Forum di Quad. cost.*, 1 ss. e G. GIOSTRA, *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, ivi, 37 ss., oltre agli altri, innumerevoli contributi presenti nel volume.

²⁶⁵ Si veda III.9.

degli automatismi intorno al loro grado conformità ai primi – piuttosto che intorno a massime di esperienza scevere da qualsivoglia scientificità – ha contribuito a riportare la legalità costituzionale in ambiti dove troppo a lungo è mancata, seppure al costo di ridurre considerevolmente la discrezionalità legislativa rispetto allo spazio che in passato le era riservato.

Una rilettura dei principi e una torsione, se si vuole, sostanzialista – ma, si badi, non per questo del tutto sganciata dal testo – del giudizio costituzionale, che forse non casualmente si accompagna a ulteriori assestamenti e apprendimenti nel *judge-made system* europeo in cui la Corte opera. Il tutto, peraltro, in un clima di forte regressione della legislazione ordinaria rispetto alla garanzia dei diritti fondamentali a causa dell’irrompere del populismo penale, fenomeno espressione di un’assiologia chiaramente antitetica rispetto a quella espressa dal diritto costituzionale penale.

Un ultimo punto rilevante, peculiarità di queste linee giurisprudenziali in tema di automatismi, ci sembra essere poi il loro neppure tanto implicito riposare sul superamento di una certa concezione della legge, che passa dall’essere indiscusso centro di gravità della dinamica ordinamentale ad *atto la cui legittimità costituzionale può esser con una certa facilità messa in discussione, perché con una scelta legislativa, che è scelta umana e quindi congenitamente imperfetta, può con una certa facilità non riuscire a rispondere in maniera ragionevole agli imprevedibili sussulti del reale*. Passaggio storico e apprendimento costituzionale che – ne siamo perfettamente consci – certo non è di questi anni, ma che trova senz’altro in questa giurisprudenza un punto di emersione così evidente da non poter passare inosservato²⁶⁶. Passaggio storico cui si accompagnano pure innegabili problematiche, legate da un lato al fatto che la legge, pur distinguendosi dagli altri atti giuridici essenzialmente per il proprio procedimento di formazione, rimane uno degli atti più garantistici cui il pubblico potere possa ricorrere – anche alla luce del dover essere costituzionale, in considerazione delle numerose riserve di legge

²⁶⁶ «In fondo», ha scritto qualche anno fa Tania Groppi in margine alla dichiarazione d’incostituzionalità dell’automatismo che impediva al giudice di adottare una misura di sicurezza diversa dal ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, *«dichiarare incostituzionale una legge perché... legge, ovvero generale e astratta, significa riconoscere in modo assai netto ed esplicito il crollo del mito rivoluzionario e ottocentesco della legge uguale per tutti, che ha fatto parte, da Beccaria in poi, della tradizione giuridica italiana. Significa, allo stesso tempo, riconoscere la incapacità del Parlamento di porsi come unico ed esclusivo garante di certi diritti fondamentali, la cui garanzia non può che essere realizzata, caso per caso, dai giudici*. Questo tipo di decisioni, in altri termini, rende particolarmente evidente l’incidenza sulla concezione del diritto e della legge dell’avvento della costituzione rigida, tipica dello Stato pluralista: *la necessità di tener conto delle molteplici esigenze del pluralismo determina il passaggio da un “diritto per regole” a un “diritto per principi”, fortemente esposto alla pressione dei “casi” della vita, nel quale il ruolo del giudice viene ad essere determinante»* (T. GROPPi, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il “diritto mite”*, in *Forum di Quad. cost.*, 29 luglio 2003, 1, i corsivi sono nostri). Pur convenendo sul fatto che tali riflessioni colgano certamente il punto dell’ormai risalente crisi della legge e con essa del Parlamento come centro indiscusso della funzione nomopoietica, riteniamo doveroso sottolineare come un conto sia il non essere più «unico ed esclusivo garante dei diritti fondamentali», altro il dichiarare una totale resa nell’esercizio di tale funzione, che non può essere completamente delegata ai giudici a pena di marcare uno scostamento del sistema nel suo complesso dal *dover essere* costituzionale.

esprese dal testo – e dall’altro al fatto che proprio l’azione della Corte costituzionale è imperniata intorno alla legge stessa, che caratterizza così a un livello ancor più profondo il complessivo sistema delle garanzie costituzionali.

6. Forme e limiti dell’estensione delle garanzie penalistiche al diritto amministrativo punitivo.

Se i casi scelti passati sinora in rassegna sembrerebbero dimostrare una riduzione della discrezionalità legislativa, d’altro canto non si può certo dire che il ramo penale dell’ordinamento sia ad oggi privo di una sua specificità, in particolare sotto il profilo delle condizioni di esercizio della funzione legislativa. Si pensi alle pregnanti garanzie cui queste opzioni legislative devono rispondere: su tutte, il divieto costituzionale di retroattività di norme che determinino o incidano sulla punibilità in senso peggiorativo, o il carattere necessariamente «personale» della responsabilità penale. Se questo non soltanto è vero, ma ha – pleonastico sottolinearlo – un’enorme incidenza sul complessivo inquadramento del nostro oggetto di ricerca, al lettore risulterà a questo punto evidente che la sua presa d’atto implica anche la necessità di confrontarsi con un ulteriore e decisivo versante della giurisprudenza costituzionale: la perimetrazione del concetto di ‘materia penale’, o meglio, la progressiva espansione di alcune specifiche garanzie proprie del diritto costituzionale penale a strutture normative tradizionalmente considerate altre rispetto a precetti e sanzioni penali in senso stretto.

Concedendoci una prolessi, si potrebbe obiettare che – a rigore – una perimetrazione di questo terreno giurisprudenziale sarebbe stato più opportuno porla in essere all’inizio della nostra analisi dei casi scelti. Al che si potrebbe però replicare che in verità la sussunzione nella materia penale delle norme oggetto delle pronunce finora analizzate non era affatto in dubbio, trattandosi appunto di precetti e sanzioni penali o, in alcune linee giurisprudenziali analizzate, di norme che pur non rispondendo ai crismi della legalità penale si sono confrontate nella giurisprudenza costituzionale con la portata precettiva del finalismo rieducativo delle pene, sul quale pur non essendo – appunto – pene finivano per incidere.

In queste pagine ci preme dunque evidenziare alcuni casi di rilievo in cui la Corte ha esteso le garanzie penalistiche costituzionali a norme formalmente altre da reati e pene, al fine di vagliare con maggior precisione quali siano gli attuali confini della materia penale, spazio del tessuto legislativo con proprie peculiarità, e di conseguenza vagliare – almeno in via tendenziale – quali siano le tipologie di scelte legislative vincolate in termini di *dover essere* a questi peculiari principi costituzionali.

Si tratta di una tendenza in linea con un approccio alla legalità – non soltanto penale – d’impronta spiccatamente sostanzialista, figlia della progressiva introiezione costituzionale della CEDU, la cui legge di esecuzione, com’è noto, a partire dalle celeberrime sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 è stata ritenuta suscettibile di assurgere a norma interposta fra l’art. 117, primo comma, Cost. e la legge nazionale eventualmente confliggente²⁶⁷. Un’introduzione costituzionale che, pur senza esser

²⁶⁷ «Il giudice comune» osservava la Corte nella sentenza n. 348, «non ha, dunque, il potere di

stata una marcia trionfale²⁶⁸, ha portato significativi cambiamenti nella giurisprudenza di Palazzo della Consulta. Più precisamente, per ciò che rileva ai nostri fini, la Corte costituzionale ha progressivamente introiettato la giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione di ‘materia penale’ andata consolidandosi a partire da *Engel c. Paesi Bassi* del 1976 e volta a evitare casi di ‘truffa delle etichette’ nei casi in cui la formale qualificazione di una sanzione come non penale si accompagna a un carattere per converso sostanzialmente penale senza però le più rigorose garanzie proprie di questo tipo di sanzioni²⁶⁹. Ciò premesso, nella giurisprudenza costituzionale che ha esteso alcune garanzie proprie del diritto penale a norme ritenute *tradizionalmente* – o, se si preferisce, *formalmente* – altre da precetti e sanzioni penali²⁷⁰, spiccano anzitutto le pronunce

disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l’asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi» (punto 4.3 del *Considerato in diritto*). È noto che, in precedenza, le norme CEDU avevano né più né meno che il rango di meri ausili interpretativi.

²⁶⁸ Negli anni non sono infatti mancate precisazioni e momenti di più o meno esplicito irrigidimento delle posizioni. Si pensi alla sentenza n. 230 del 2012, nella quale la Corte costituzionale ha osservato come «nell’interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali)» in quanto non comprensivo dell’istituto della riserva di legge, che «demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell’individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall’intera collettività nazionale... il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all’esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione» (punto 7 del *Considerato in diritto*). Un passaggio che nella prospettiva dei rapporti fra le giurisprudenze di Roma e Strasburgo, alla luce del terreno decisamente problematico della riserva di legge penale, è stato definito «un momento di sincerità» (C. PINELLI, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2016, 18). O ancora, pensiamo alla nota sentenza n. 49 del 2015, in cui la Corte, ribadito «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU», fa presente che «Il più delle volte, l’auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, *nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana*» (punto 4 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro).

²⁶⁹ A partire da questa sentenza, è noto che la Corte EDU ha affermato la necessità che il pubblico potere orienti la propria azione alla luce del criterio della sostanziale afflittività di una misura al fine di decidere quali siano le garanzie che alla stessa dovrebbero legarsi. I criteri enucleati in questa pronuncia, alternativi e non cumulativi, si traducono nella qualificazione giuridica della misura sanzionatoria, nella sua natura giuridica e nel grado di afflittività della sanzione che la persona potrebbe vedersi comminata (§ 82). La Corte EDU ha peraltro avuto modo di precisare che la stessa gravità relativamente contenuta di una sanzione non è di per sé suscettibile di privare un reato del suo carattere intrinsecamente criminale (*Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 54), e che l’utilizzo non cumulativo del secondo e del terzo criterio può essere accantonato in favore di una considerazione unitaria nel caso in cui i criteri singolarmente considerati non conducano a una conclusione chiara in merito alla sussistenza di un’accusa penale (si veda, fra le altre, *Grande Camera, Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, § 31).

²⁷⁰ Sostiene L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 195 ss. che sarebbero individuabili almeno tre distinte nozioni di ‘materia penale’: una in senso «formale», che

relative al diritto sanzionatorio non-penale, in particolare a quello amministrativo²⁷¹.

*

Il problema teorico dello statuto garantistico delle sanzioni amministrative e dei profili di affinità e divergenza rispetto a quello proprio delle sanzioni penali è antico²⁷² e divisivo, oggetto di importanti riflessioni nella letteratura amministrativista e penalistica specialmente negli anni Ottanta²⁷³. Problema teorico che nella giurisprudenza costituzionale più recente è tornato al centro dell'interesse della giuspubblicistica proprio per via della già accennata, progressiva estensione di alcune garanzie penalistiche nel solco degli apprendimenti giurisprudenziali formatisi sulla CEDU nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti umani: fondamentale, in queste linee giurisprudenziale, «l'evento sismico»²⁷⁴ dell'apertura operata dalla Corte costituzionale con sentenze «gemelle» del 2007²⁷⁵ e le sue successive precisazioni.

Parliamo in particolare di *alcune* garanzie, in quanto nella giurisprudenza costituzionale l'estensione al di fuori della materia penale – per come tradizionalmente intesa – delle garanzie degli artt. 25 e 27 Cost. non è mai stata totale²⁷⁶.

andrebbe letta quale «criterio intra-sistemico, tutto interno al diritto positivo», funzionale all'«individuazione della disciplina applicabile»; una «sostanziale», intesa come «strumento di valutazione critica delle scelte di incriminazione compiute dal legislatore»; una «sovra-legale», capace di assorbire tanto quella costituzionale che quella emergente dal diritto CEDU, che fungerebbe invece da «strumento di tutela delle garanzie individuali contro possibili “frodi delle etichette” da parte del legislatore».

²⁷¹ Non è senza significato, in questa prospettiva, l'insegnamento per cui «solo conoscendo e focalizzando l'extrapenale si può davvero valutare l'area del penalmente rilevante» (M. DONINI, *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria. Aspetti problematici del rapporto tra sanzioni penali e amministrative*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2023, 39): un'analisi che miri a verificare cosa rimanga della discrezionalità legislativa in materia penale non può del resto non confrontarsi con la grande questione dei confini stessi, della 'materia penale'.

²⁷² Grande classico nella letteratura italiana è ad esempio lo studio prerepubblicano di G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, che già parlava di «secolare questione del “diritto penale amministrativo”», ponendo alla base del suo studio il problema teorico dell'autonomia delle sanzioni previste per la violazione dei doveri dei cittadini verso la pubblica amministrazione rispetto alle sanzioni proprie del diritto penale (ivi, 8 ss.). Di quegli anni pure la monografia di A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.

²⁷³ Fondamentali le ricerche di M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983 e di C.E. PALIERO ed A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988. Sempre a quella fase della riflessione sul tema può ascriversi pure lo studio di C. PEPE, *Illecito e sanzione amministrativa (tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa)*, Padova, 1990.

²⁷⁴ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 1815.

²⁷⁵ M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.

²⁷⁶ Francesco VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017, 21 ha ipotizzato, alla luce di alcune sentenze della Corte EDU, «un regime di tutela a cerchi concentrici: il cui nucleo minimo sia rappresentato

Un primo momento di rilievo di questa giurisprudenza riguarda la determinatezza del precetto, principio che non è affatto di esclusivo appannaggio della sola materia penale, ma opera dinanzi a ogni previsione limitativa dei diritti fondamentali nei casi in cui la Costituzione ponga una riserva di legge; più precisamente, il principio di determinatezza, che si traduce nei confronti del legislatore come norma di produzione di norme sufficientemente precise, trova una norma speculare in quello di tassatività rivolto al giudice nel momento interpretativo, ed entrambi risultano ancillari al funzionamento delle riserve di legge²⁷⁷. Invero, in materia di sanzioni amministrative questa acquisizione risale addirittura alla lontana sentenza n. 78 del 1967, con cui la Corte, nel decidere su questioni aventi a oggetto norme che prevedevano a seguito di alcune condanne penali o di specifiche sanzioni disciplinari la perdita del trattamento pensionistico, ebbe a osservare che al netto dell'art. 36 Cost. veniva vulnerata «una regola di riserva di legge», ovverosia «il principio della legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire»²⁷⁸. Di recente, anche alla luce di questo lontano precedente e argomentando alla luce di altre pronunce su norme penali, la Corte ha rimarcato come in relazione alla sanzione punitivo-afflittiva, al netto del *nomen iuris*, «non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di “conoscere”, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata»²⁷⁹.

Una seconda linea giurisprudenziale di rilievo sul tema concerne poi l'estensione del divieto di retroattività delle norme da cui deriva la punibilità o l'aggravamento del trattamento punitivo. Il primo passo di questa giurisprudenza, il *leading case* rappresentato dalla sentenza n. 196 del 2010 (rel. Quaranta), è indotto proprio dall'introduzione della giurisprudenza CEDU sugli artt. 6 e 7 della Convenzione,

dall'*hard core* del diritto penale – corrispondente ai *mala in se* e comunque ai reati di maggiore gravità, per i quali si profila sempre all'orizzonte la *pena detentiva* –, rispetto ai quali dovrebbero essere sempre assicurate *nella loro massima estensione* le garanzie processuali riconosciute dalla CEDU e dai suoi protocolli; e il cui insieme esterno sia invece costituito dai *mala quia prohibita*, comprendenti sia i reati meno gravi (sanzionati con pene diverse da quella privativa della libertà personale) sia gli illeciti solo 'sostanzialmente', ma non 'formalmente' penali, in cui quelle stesse garanzie dovrebbero essere assicurate in modo *meno stringente*».

²⁷⁷ Osserva ad esempio L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 7 che determinatezza e tassatività non rappresentano «principi diversi ed autonomi rispetto alla riserva di legge, ma il suo modo di operare nei confronti degli atti concreti».

²⁷⁸ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

²⁷⁹ Così la sentenza n. 121 del 2018 (rel. Modugno), punto 15.3 del *Considerato in diritto*. Ma si veda pure la sentenza n. 134 del 2019 (rel. Viganò), dove si confermano questi apprendimenti (punto 3.2 del *Considerato in diritto*), pur precisando che, a differenza delle leggi penali in senso stretto, le leggi regionali che contengano la previsione di sanzioni amministrative ben possono rinviare «anche ad atti sublegislativi ai fini dell'integrazione del precetto (amministrativamente) sanzionato in forza della stessa legge regionale» pur nel rispetto dei principi di cui all'art. 23 Cost.; cosa non possibile per le leggi penali per via della «riserva (assoluta) di legge statale» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*).

dalla quale la Corte costituzionale ha abbracciato il principio per cui ogni misura punitivo-afflittiva deve essere presidiata dalle garanzie della sanzione penale in senso stretto: da qui, il ‘ponte’ fra garanzie costituzionali e convenzionali per procedere all’adattamento interordinamentale è rappresentato dal campo semantico della disposizione di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., ritenuto sufficientemente ampio da rendere possibile trarvi la norma per cui «ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»²⁸⁰. Apprendimento giurisprudenziale confermato in pronunce successive²⁸¹. E così la Corte ha ritenuto che il divieto di retroattività trovi applicazione anche in caso di sanzione derivante da depenalizzazione, nell’ipotesi in cui la misura – oltre a rispondere ai crismi che la giurisprudenza CEDU ritiene siano propri delle sanzioni sostanzialmente penali – risulti in concreto più afflittiva della sanzione penale previgente, versandosi altrimenti in un caso di necessaria applicazione della *lex mitior*²⁸². In altri termini, la Corte ha esplicitato il principio per cui il maggior favore in termini di afflittività della sanzione amministrativa rispetto a quella penale «non può essere dato per pacifico in ogni singolo caso», avendo spesso la prima un’«elevatissima carica afflittiva» e dunque un significativo impatto sui diritti fondamentali che riflette una recente tendenza legislativa: la conclusione è che questa presunzione di maggior favore della sanzione amministrativa «non può che intendersi, oggi, come meramente relativa, dovendosi sempre lasciare spazio alla possibilità di dimostrare, *caso per caso*, che il nuovo trattamento sanzionatorio amministrativo previsto dalla legge di depenalizzazione risulti in concreto più gravoso di quello previgente»²⁸³.

²⁸⁰ Punto 3.1.5 del *Considerato in diritto*. All’asserzione si accompagna il rilievo per cui alla luce dell’art. 1, primo comma, legge n. 689 del 1981 («Modifiche al sistema penale») – ai sensi del quale «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» – il divieto di retroattività assurgerebbe in ogni caso a «principio generale» di questa specifica area del tessuto legislativo.

²⁸¹ Si veda ad esempio la sentenza n. 104 del 2014 (rel. Napolitano), in cui a differenza della pronuncia del 2010 il parametro alla luce del quale la questione è giudicata fondata non è l’art. 117, primo comma, Cost. alla luce dell’art. 7 CEDU, ma direttamente l’art. 25, secondo comma, Cost. Da notare come, con la sentenza n. 276 del 2016 (rel. de Pretis) con cui la Corte era stata chiamata a decidere della legittimità costituzionale della sospensione di diritto dalle cariche elettive prevista dal d.lgs. n. 235 del 2012 (cosiddetta ‘legge Severino’), sia stato ritenuto che le misure dell’incandidabilità, della decadenza e della sospensione non sarebbero misure a carattere sanzionatorio ma mere «conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l’accesso alle cariche considerate», sfuggendo dunque alle garanzie ex art. 25, secondo comma, Cost. e che il carattere di misura amministrativa cautelare della sospensione renderebbe la stessa non suscumbibile fra le misure rispetto alle quali la giurisprudenza CEDU ritiene debbano estendersi i crismi della *matière pénale*, con la conseguente infondatezza della questione posta anche rispetto all’art. 117, primo comma, Cost.

²⁸² Sentenza n. 68 del 2017 (rel. Lattanzi), in cui la Corte ha ritenuto non illegittima l’applicazione retroattiva in ogni caso della confisca per equivalente, dovendo invece valutarsi caso per caso se la misura risulti o meno più afflittiva o più favorevole della sanzione penale che la stessa sostituisce.

²⁸³ Sentenza n. 223 del 2018 (rel. Viganò), punto 6.2 del *Considerato in diritto* (il corsivo è nostro), che decide sulla riproposizione delle medesime questioni oggetto del precedente del 2017, ritenute allora inammissibili per erroneo presupposto interpretativo. Com’è agevole notare, questo

Un terzo momento rilevante di questa giurisprudenza si lega al precedente, afferendo alla retroattività della *lex mitior*. Già con la sentenza n. 394 del 2006 la dimensione costituzionale del principio era stata ascrivita all'art. 3 Cost. e ricondotto a «una concezione oggettivista del diritto penale» per cui, nel caso in cui la valutazione legislativa in ordine al disvalore di un certo fatto muta, «tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore»²⁸⁴. E il nesso fra retroattività della legge sanzionatoria più mite ed eguaglianza, ha precisato la Corte, «ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli»²⁸⁵. In altri termini, la garanzia della retroattività della *lex mitior*, comunque declinata nel diritto costituzionale e internazionale, è per la Corte caratterizzata dal comune limite del suo carattere non assoluto, essendo aperta a possibili, ragionevoli deroghe²⁸⁶. Nell'interpretazione

accertamento «caso per caso» demandato al giudice – cui si lega l'eventuale proposizione di una questione di legittimità costituzionale – riflette la più volte emersa proiezione sul concreto di queste linee giurisprudenziali, e la loro tendenza spiccatamente sostanzialista nell'interpretazione della legalità costituzionale. Di questo stesso filone si veda pure la sentenza n. 96 del 2020 (rel. Modugno), sempre in tema di legittimità della normativa transitoria relativa a interventi di depenalizzazione, dove si riprendono ampi passi della già citata sentenza n. 223 del 2018.

²⁸⁴ Punto 6.4 del *Considerato in diritto*.

²⁸⁵ *Ibidem*. Si veda pure la coeva sentenza n. 393 del 2006, punto 5 del *Considerato in diritto*, dove si parla di «una sufficiente ragione giustificativa».

²⁸⁶ Per cogliere la portata relativa del principio in campo penale si consideri come a differenza della citata sentenza n. 393 del 2006, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della deroga alla garanzia rispetto alla prescrizione del reato in procedimenti pendenti in primo grado in cui fosse già stata dichiarata l'apertura del dibattimento, con la successiva decisione n. 72 del 2008 la Corte l'abbia rigettata rispetto ai processi già pendenti in appello per l'esigenza di tutelare «interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo» quali la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti delle persone destinatarie della funzione giurisdizionale. Tre anni dopo, la medesima questione decisa nel 2008 è stata peraltro riproposta dinanzi ai giudici di Palazzo della Consulta a seguito della pronuncia da parte della Corte EDU della sentenza *Scoppola c. Italia* del 17 novembre 2009, con la quale i giudici di Strasburgo avevano affermato che «se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato». Ebbene, con la sentenza n. 236 del 2011 (rel. Lattanzi) la Corte costituzionale ha nuovamente rigettato la questione, osservando che la sentenza *Scoppola* «resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l'ha originata: la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio». Alla luce di questa valutazione, il Giudice delle Leggi giunge infine ad affermare che nulla avrebbe detto la Corte europea nella sentenza *Scoppola* «per far escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività in mitius subisca deroghe o limitazioni», non escludendo dunque «la possibilità di introdurre deroghe o limitazioni alla sua operatività, quando siano sorrette da una valida giustificazione» (punti 12 e 13 del *Considerato in diritto*). L'ultima pronuncia segnalata dice molto della peculiare introiezione costituzionale della CEDU. Dal passaggio di *Scoppola* in cui la Corte EDU osserva che la circostanza che un fatto fosse previsto come reato dalla legge in vigore al momento della sua commissione e punito con un determinata

datane dalla Corte costituzionale, traslato sul piano delle sanzioni non penali, un simile principio presenta proprie, peculiari declinazioni.

Un caso paradigmatico deciso con la sentenza n. 193 del 2016 (rel. Amato) ha riguardato la prospettazione di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 legge n. 689 del 1981 («Modifiche al sistema penale») legata alla mancata previsione di un generale principio di retroattività della legge successiva più favorevole nei confronti degli autori di illeciti amministrativi. Anche qui a risultare decisiva è stata la peculiare introiezione costituzionale della giurisprudenza CEDU: la Corte costituzionale richiama quanto già osservato nella decisione n. 236 del 2011 sulla natura congenitamente casistica della giurisprudenza convenzionale e sulla necessità che essa se ne faccia in un certo qual modo interprete nella fase di trasposizione dei relativi apprendimenti nell'ordinamento italiano, e osserva che essa «non ha mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche “punitive” alla luce dell'ordinamento convenzionale». Ration per cui, la Corte osserva che l'addizione richiesta travalica l'obbligo convenzionale, disattendendo essa per giunta «la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata “amministrativa” dal diritto interno) come “convenzionalmente penale”, alla luce dei cosiddetti criteri Engel»: la conclusione della Corte costituzionale è che un vincolo convenzionale di applicazione generalizzata della retroattività della *lex mitior* al sistema delle sanzioni amministrative è assente, e rigetta così la questione. Si può qui cogliere la maggior pregnanza della garanzia rispetto alla sanzione penale in senso stretto, dove in effetti essa trova un'applicazione generalizzata, seppur non anche in grado da rendere recessiva ogni eventuale deroga legislativa ragionevolmente giustificata. D'altro canto, anche nei casi in cui la garanzia risulti estendibile alle sanzioni amministrative rispondenti ai criteri *Engel*, in mancanza «di una specifica giustificazione in termini di necessità di tutela di controinteressi costituzionalmente rilevanti», la deroga alla retroattività della *lex mitior* è irragionevole, e in quanto tale illegittima²⁸⁷. Il che evidenzia come pure la

sanzione non costituisce, di per sé, valida ragione per giustificare l'applicazione della stessa legge, sia essa abrogata o modificata *in melius*, la Corte costituzionale ha tratto la conclusione che dunque «qualora vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile, la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo, specie quando, come è avvenuto nel caso in esame, fattispecie incriminatrice e pena siano rimaste immutate». Proprio su quest'operazione si è osservato che sebbene la sentenza *Scoppola* fosse una pronuncia decisamente criticabile sotto vari aspetti – la durissima opinione dissenziente di sei giudici su diciassette in cui si parla addirittura di ‘riscrittura’ dell'art. 7 CEDU è in tal senso significativa – la Corte costituzionale si sarebbe invece spinta in «una interpretazione adeguatrice ad elevata carica manipolatoria», tradendo così «il proposito di dilatare i propri spazi in una partita tutta giocata in termini di rapporti fra Corti, e che non necessariamente ha qualcosa a che vedere con la «massima espansione delle tutele» (C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 3052 ss.). Il che restituisce perfettamente l'immagine del peculiare moto che anima questa parte del *judge-made system* europeo e la sua posta in gioco: *conflitti fra poteri per la tutela dei diritti*.

²⁸⁷ Così la sentenza n. 63 del 2019 (rel. Viganò), punto 6.4 del *Considerato in diritto*, in cui si precisa che non è tuttavia sufficiente che la ragione derogatoria sia individuata nel semplice fine di evitare

giurisprudenza costituzionale più recente in tema di sanzioni amministrative punitive sia orientata da una forte proiezione garantistica verso il declamato fine della tutela effettiva dei diritti fondamentali²⁸⁸. Conclusione che sembrerebbe trarsi dallo stesso lessico della Corte costituzionale, quando ad esempio osserva che, nonostante la garanzia della retroattività della *lex mitior* trovi un fondamento costituzionale che le conferisce una pluralità di declinazioni²⁸⁹, tutte sono però accomunate dalla *ratio* «identificabile in sostanza nel *diritto dell'autore del reato* a essere giudicato, e se del caso punito, in base all'apprezzamento attuale dell'ordinamento relativo al disvalore del fatto da lui realizzato, anziché in base all'apprezzamento sotteso alla legge in vigore al momento della sua commissione»²⁹⁰.

Nella giurisprudenza costituzionale, non tutte le garanzie penalistiche risultano però suscettibili di trovare un'estensione al di là delle norme che si traducono in precetti e sanzioni 'formalmente' penali. La Corte costituzionale ha infatti ribadito in più occasioni, anche in anni relativamente recenti, come sia il carattere personale della responsabilità penale sia la finalità rieducativa delle pene rimangano un'esclusiva delle sanzioni penali in senso stretto²⁹¹. I principi legati alla responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost. per la Corte «appaiono infatti strettamente connessi alla

che la norma abbia un'incidenza negativa sui procedimenti sanzionatori pendenti, «posto che l'influenza della *lex mitior* sui procedimenti sanzionatori non ancora conclusi al momento della sua entrata in vigore è la conseguenza necessaria del principio di retroattività della *lex mitior* stessa».

²⁸⁸ Per converso, nella giurisprudenza costituzionale più risalente (si vedano, *ex plurimis*, le sentenze n. 29 del 1961, n. 46 del 1964, n. 194 del 1976, n. 13 del 1977, n. 68 del 1984), il divieto di retroattività ex art. 25, secondo comma, Cost. era riferibile esclusivamente alla materia penale, e i tempi per un simile avvicinamento degli statuti garantistici delle due categorie di sanzioni dettato tanto dagli adattamenti costituzionali alla giurisprudenza della Corte EDU quanto da – citando la Relazione della Presidente Cartabia del 2019 – una «nuova sensibilità» non erano evidentemente maturi. Andando a ritroso nel tempo cercando decisioni in cui la Corte costituzionale ha sistematicamente escluso l'estendibilità delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative si giunge praticamente agli albori della giustizia costituzionale italiana, in quanto la netta divisione fra gli statuti garantistici delle sanzioni penali e delle sanzioni non penali può farsi risalire addirittura alla sentenza n. 29 del 1961 in tema di confisca dei beni prevista dalle leggi speciali contro il fascismo.

²⁸⁹ Oltre al principio di eguaglianza, si pensi alle disposizioni che aprono l'ordinamento alla dimensione legalitaria europea e internazionale di cui agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., che consentono l'introiezione della garanzia per come declinata nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 49, par. 1) o nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 15, comma 1) o ancora, guardando al solo art. 117, primo comma, Cost., nella CEDU.

²⁹⁰ Così ancora la sentenza n. 63 del 2019, punto 6.1 del *Considerato in diritto* (il corsivo è nostro). La Corte in verità prosegue osservando che a questa *ratio* comune si accompagna pure il comune limite delle possibilità di deroghe, purché ragionevoli. Il che sembra in effetti finire in un certo qual modo per collidere con l'enfasi dell'accento posto sulla qualificazione di «diritto», visto che parlare di 'deroga' è operazione differente dal parlare di 'compressione' o 'limitazione', perché implica in certi casi il totale venir meno della garanzia in questione.

²⁹¹ I precedenti sono numerosi e andando a ritroso nel tempo potrebbe risalirsi addirittura alla sentenza n. 29 del 1961 in tema di confisca dei beni dei delitti previsti dal d.lgs.lgt. n. 159 del 1944 («Sanzioni contro il fascismo»), quando la divaricazione degli statuti garantistici della sanzione penale e di quella non penale non poteva essere più ampia: un altro tempo e un'altra giurisprudenza. Più di recente si vedano ad esempio le sentenze n. 281 del 2013, n. 109 del 2017 e n. 212 del 2019 e l'ordinanza n. 169 del 2013.

logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il sistema sanzionatorio penale»²⁹².

Un'altra recente, significativa linea giurisprudenziale sullo statuto garantistico delle sanzioni amministrative riguarda infine la necessità che esse non siano manifestamente sproporzionate rispetto all'illecito. Si tratta di un *dover essere* che ha di recente orientato la giurisprudenza costituzionale in materia, spingendola al di là del più circoscritto terreno del giudizio di ragionevolezza degli automatismi, sanzionatori²⁹³ o meno²⁹⁴.

E così, nella nota sentenza n. 112 del 2019 (rel. Viganò) in tema di *insider trading*, la Corte costituzionale, ripercorsa la propria giurisprudenza sulla ragionevolezza delle sanzioni non penali – in particolare sugli automatismi²⁹⁵ – ha affermato che,

²⁹² Sentenza n. 112 del 2019 (rel. Viganò), punto 8.2.1 del *Considerato in diritto*.

²⁹³ Sui quali si veda la sentenza n. 88 del 2019 (rel. Amoroso), in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, comma 2, quarto periodo, cod. strada nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti per i reati di omicidio stradale (art. 589-bis cod. pen.) e di lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590-bis cod. pen.) il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sua sospensione ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma 2 dell'art. 222 cod. strada allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti di cui rispettivamente all'art. 589-bis, secondo comma e all'art. 590-bis, terzo comma, cod. pen. Un accoglimento motivato alla luce del giudizio di irragionevolezza dell'indistinta previsione della revoca automatica della patente a fronte della condanna per ognuna delle differenti ipotesi di reato previste; di fatti, la Corte osserva che l'indistinta previsione dell'automatica revoca della patente è una misura che si giustifica a fronte di quegli illeciti che mettono a rischio i «beni fondamentali» della vita e dell'incolumità della persona, ma non nel caso di «comportamenti pur gravemente colpevoli, ma in misura inferiore», nella cui eventualità l'automatismo «più non si giustifica e deve cedere alla valutazione individualizzante del giudice» (punto 19 del *Considerato in diritto*).

²⁹⁴ Su cui si veda ad esempio la sentenza n. 22 del 2018 (rel. Morelli), in cui è stata rilevata l'irragionevolezza dell'automatismo della revoca 'amministrativa' della patente nelle ipotesi di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309 del 1990, con conseguente dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2, cod. strada nella parte in cui, in caso di condanna riportata in data successiva a quella del rilascio della patente di guida, dispone che il prefetto «provvede» piuttosto che «può provvedere» alla revoca della patente. Va comunque osservato che in quest'ultimo caso la Corte costituzionale esclude che la revoca "amministrativa" della patente abbia natura sanzionatoria, rinvenendo «la sua ratio nell'individuazione di un perimetro di affidabilità morale del soggetto, cui è rilasciata la patente di guida, e nella selezione di ipotesi in presenza delle quali tale affidabilità viene meno»: di conseguenza la misura non risulta passibile di essere valutata alla luce dei criteri elaborati dalla Corte EDU per l'individuazione delle sanzioni sostanzialmente penali, rilevando qui «solo effetti riflessi della condanna penale, in settori ordinamentali diversi da quello cui è affidata la funzione repressiva degli illeciti con le misure afflittive al riguardo previste». Si veda per altro verso la sentenza n. 161 del 2018 (rel. Amato), in cui proprio l'esclusione nella misura legislativa di una funzione punitiva, retributiva o dissuasiva dalla commissione di illeciti «consente di ritenere insussistente la violazione del principio di proporzionalità», con conseguente rigetto della questione di legittimità costituzionale della norma che prevede la non sussistenza o la cessazione della sussistenza del requisito di onorabilità per l'iscrizione all'albo nazionale degli autotrasportatori di cose per conto di terzi in caso di condanna penale definitiva del datore di lavoro per fatti che costituiscono violazione degli obblighi sussistenti in materia previdenziale ed assistenziale.

²⁹⁵ Vengono citate le sentenze n. 170 del 2015 in tema di trasferimento disciplinare dei magistrati e n. 268 del 2016 sulla mancata previsione dell'instaurazione di un procedimento disciplinare per la cessazione dal servizio del militare per perdita del grado conseguente alla pena accessoria della interdizione temporanea dai pubblici uffici.

nonostante la mancata estensione alle sanzioni amministrative dei principi di cui all'art. 27 Cost., «non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative»²⁹⁶. Principio che secondo la Corte possiede «potenzialità applicative che eccedono l'orizzonte degli automatismi legislativi», e la cui base normativa si trae «dall'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»²⁹⁷.

Certo un simile giudizio pone, per le sanzioni penali come per quelle non penali, una problematica ineludibile, congenita alle questioni di legittimità costituzionale di queste norme: la formazione di vuoti di tutela. In effetti, quando la sanzione e il precetto sono funzionali alla tutela di valori di particolare rilievo, la secca espunzione della prima dall'ordinamento sarebbe suscettibile porre tanto una questione di opportunità dell'intervento – lascerebbe in fondo in piedi un discutibilissimo precetto non sanzionato, ingenerando irrazionalità nel tessuto legislativo – quanto dubbi su ipotetiche ripercussioni sulla stessa legittimazione della Corte ove pure lo ponesse in essere.

Problematica complessa, di cui, invero, la Corte mostra da tempo di esser consapevole e che tuttavia non le preclude – per giurisprudenza risalente²⁹⁸ – il potere di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi; principio riferibile «anche ai casi in cui lo scrutinio di legittimità costituzionale verta su una norma sanzionatoria e le censure investano l'entità o la strutturazione del trattamento punitivo». Di fatti, sempre secondo la Corte, la necessità di ricorrere a una sentenza manipolativa volta a sostituire la sanzione annullata con altra conforme a Costituzione, «si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa», non suscettibile di essere colmata dall'espansione applicativa di altre sanzioni vigenti nell'ordinamento, ingeneri «insostenibili vuoti di tutela», come quando dall'ablazione secca derivi «una menomata protezione dei diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività»²⁹⁹. Questione che trascorre il diritto sanzionatorio anche al di là del penale e che, in particolare in tema di diritto amministrativo

²⁹⁶ Punto 8.2.2 del *Considerato in diritto*.

²⁹⁷ Punto 8.2.3 del *Considerato in diritto*.

²⁹⁸ Risale addirittura alla sentenza n. 59 del 1958 l'affermazione per cui «il potere di questa Corte di dichiarare la illegittimità costituzionale delle leggi non può trovare ostacolo nella carenza legislativa che, in ordine a dati rapporti, possa derivarne; mentre spetta alla saggezza del legislatore, sensibile all'impulso che naturalmente proviene dalle sentenze di questa Corte, di eliminarla nel modo più sollecito ed opportuno».

²⁹⁹ Sentenza n. 185 del 2021 (rel. Modugno), punto 3 del *Considerato in diritto*, che sullo specifico punto dei 'vuoti di tutela' richiama la sentenza n. 222 del 2018 in tema di bancarotta. Si tratta di una questione che, ad avviso di chi scrive, interroga sulla sostenibilità costituzionale dell'idea per cui – al fine di evitare tutta la serie di note difficoltà tecniche e politiche dell'optare per un intervento ricostruttivo una volta acclarata e dichiarata l'illegittimità costituzionale di una sanzione – la Corte dovrebbe limitarsi ad annullare le sanzioni incostituzionali, senza interrogarsi sulle conseguenze cui un simile rimedio darebbe luogo. Nel quadro di una giurisprudenza costituzionale irradiata e orientata dal fine assiologicamente preminente della tutela dei diritti fondamentali, abbracciare un approccio equilibrato significa abbracciare un approccio che si interroga sulle ricadute concrete di alcune decisioni in luogo di altre sugli stessi diritti fondamentali, ragion per cui questa impostazione prudente della giurisprudenza costituzionale è assai opportuna.

punitivo, talvolta è risolta dalla Corte costituzionale con un'ablazione secca in ragione di una struttura dell'illecito che si arresta «di fronte a condotte antecedenti la concreta offesa all'interesse protetto», ovvero sia su livelli di tutela lontani da quelli per cui la ricerca di «soluzioni sanzionatorie alternative» sarebbe stata «indispensabile»³⁰⁰. In altri casi, la Corte ha invece optato per pronunce manipolative assai simili a quelle impiegate negli ultimi anni in materia penale, sia per struttura nella parte valutativa sia per gli itinerari di ricerca di soluzioni costituzionalmente adeguate nella parte ricostruttiva, con itinerari argomentativi talvolta più lineari³⁰¹, talvolta meno³⁰².

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ Pensiamo qui alla sentenza n. 40 del 2023 (rel. Modugno) in tema di sanzioni relative a inadempienze delle strutture di controllo delle produzioni agroalimentari registrate con denominazione di origine o indicazione geografica protetta (DOP e IGP), in cui la Corte rileva che un annullamento 'secco' della disposizione censurata avrebbe ingenerato proprio «insostenibili vuoti di tutela». Si legge infatti nella pronuncia che l'ablazione «lascerebbe le inadempienze sfornite di ogni sanzione, rischiando di minare la stessa credibilità del sistema italiano dei controlli sulle produzioni di qualità, e si presterebbe a generare una situazione di contrasto con obblighi derivanti dal diritto dell'Unione» (punto 5.4 del *Considerato in diritto*). Qui la Corte giudica la sanzione censurata (prevista dall'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 297 del 2004 nella misura di cinquantamila euro) manifestamente sproporzionata nella sua fissità per via dell'illegittima equiparazione del trattamento sanzionatorio di condotte gravi e pericolose con quello previsto per condotte di minore gravità. La rima possibile viene dunque individuata nel sistema «parallelo e complessivamente simile» della normativa sui prodotti BIO, anche perché «le produzioni biologiche sono assoggettate al diritto dell'Unione europea alla medesima regolamentazione delle DOP e IGP». L'art. 8, comma 1, d.lgs. n. 20 del 2018 (che prevede una sanzione amministrativa da diecimila a trentamila euro) è per la Corte caratterizzato da «una ratio assimilabile a quella della norma censurata e mira a garantire l'efficacia dei controlli sanzionando le irregolarità commesse dagli organismi previsti a ciò delegati», e seppur presenti sul piano strutturale significative differenze con la norma annullata («tecnica casistica, indicando le condotte illecite per ripartirle, sul piano sanzionatorio, in ragione della loro decrescente finalità»), per il Giudice delle Leggi «la piena omogeneità finalistica» della norma è dirimente a farla assurgere a «punto di riferimento» per l'individuazione della soglia minima della sanzione da applicarsi norma annullata (punto 5.5.1 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri). La Corte opera dunque una sostituzione non totale fra le due norme sanzionatorie, ricostruendo la norma censurata, in origine sanzione fissa, nei termini di una cornice sanzionatoria rispetto alla quale il «punto di riferimento» indicato è funzionale soltanto a individuare il minimo edittale, mentre la precedente sanzione fissa assurge a massimo. In questo caso, gli argomenti addotti dalla Corte costituzionale nell'individuazione della soluzione manipolativa sono nel complesso solidi, vista anche la grande prossimità dei due settori legislativi coinvolti, e la soluzione stessa, mantenendo il massimo edittale previsto dalla norma annullata, rispetta la scelta legislativa originaria, consentendo al contempo, sul piano giudiziario, un'individualizzazione sanzionatoria assai più ampia.

³⁰² Pensiamo qui alla sentenza n. 95 del 2022 (rel. Viganò), in tema di atti contrari alla pubblica decenza. La Corte costituzionale rileva in questo caso, richiamando la giurisprudenza della Corte di cassazione, il limitato disvalore delle condotte punite dall'art. 726 cod. pen. con la sanzione amministrativa da cinquemila a diecimila euro, e conduce un giudizio sulla proporzionalità di quest'ultima raffrontando la norma con altre sanzioni previste nel codice della strada in casi di illeciti suscettibili di porre in pericolo la vita o l'incolumità delle persone, nonché con la fattispecie di atti osceni dolosi, punita dall'art. 527, primo comma, cod. pen. con una sanzione amministrativa da cinquemila a trentamila euro. L'equiparazione, in particolare, del minimo sanzionatorio previsto in cinquemila euro fra quest'ultimo termine di raffronto e la sanzione censurata è giudicata dalla Corte «contraria alla tradizione penalistica italiana», la quale «ha sempre individuato una chiara differenza di disvalore tra atti osceni e atti (meramente) contrari alla pubblica decenza, qualificando i primi

Un ultimo profilo d'interesse della giurisprudenza costituzionale che tende a estendere al diritto amministrativo punitivo le garanzie tradizionalmente proprie della materia penale riguarda infine le possibilità di cedevolezza del giudicato. Per comprendere però il senso e l'importanza degli apprendimenti maturati sul punto rispetto all'interna coerenza della giurisprudenza costituzionale in materia è assolutamente imprescindibile un passo indietro.

Una prima importante statuizione in tema era infatti giunta con la sentenza n. 43 del 2017 (rel. Cartabia) – che evidentemente è giunta in una fase di poco precedente all'affermazione degli apprendimenti giurisprudenziali di cui si è dato finora conto – in cui la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953³⁰³ sollevata nella parte in cui non prevede l'applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come 'penale' ai sensi della CEDU per l'asserito contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma e 117, primo comma, Cost. In relazione all'asserita violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. rispetto all'art. 7 CEDU viene significativamente osservato che «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura “penale” deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la “materia penale”; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento

come delitto punibile (se commesso con dolo) con la reclusione da tre mesi a tre anni, i secondi come contravvenzione soggetta all'arresto da cinque giorni a un mese o, in alternativa, a una blanda ammenda», dal che ne discende la declaratoria d'illegittimità, essendo l'equiparazione ritenuta non sorretta da alcuna giustificazione. Per la parte ricostruttiva della sentenza la Corte sviluppa poi un argomentare non semplice, viste le differenze intercorrenti fra il precetto rispetto al quale era prevista la sanzione annullata e il precetto nella cui sanzione viene individuata la soluzione ritenuta costituzionalmente adeguata, ovverosia quella prevista per gli atti osceni commessi con colpa (art. 527, terzo comma, cod. pen., sanzione amministrativa pecuniaria da cinquantuno a trecentonove euro), il quale a differenza del primo implica da un lato il necessario coinvolgimento della sfera sessuale dell'agente e dall'altro comprende anche condotte dolose. Su tale pronuncia si è detto che, al netto della condivisibile continuità nell'opera di estensione delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo punitivo, essa non convincerebbe a pieno perché a differenza dei suoi precedenti individua il parametro dell'accoglimento nel solo art. 3 Cost. anziché nel suo combinato disposto con la disposizione a tutela del diritto fondamentale leso, perché non esterna le ragioni della necessità di un intervento manipolativo in luogo di un annullamento semplice e perché in questo caso la soluzione ricostruttiva produrrebbe a sua volta esiti «non del tutto ragionevoli, arrivando ad assimilare *quoad poenam* fatti dalla portata lesiva differente come gli atti osceni colposi, considerati tradizionalmente più gravi per la loro diretta connotazione sessuale e gli atti semplicemente indecenti, del tutto privi di tale venatura, e, peraltro, puniti indifferentemente a titolo doloso e colposo» (così G. AMARELLI, *Proporzionalità della pena e sanzioni amministrative-punitive: l'opinabile declaratoria di incostituzionalità a 'versì sciolti' della cornice editale degli atti indecenti ex art. 726 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2022, 990 ss.). Secondo altri la Corte avrebbe invece potuto limitarsi a «interpretare in modo adeguato il dispositivo dell'ordinanza di rimessione» circoscrivendo la *quaestio de legitimitate* al solo trattamento sanzionatorio degli atti contrari alla pubblica decenza colposi per «sostituirlo on quello stabilito per gli atti osceni colposi, fattispecie affine ed espressiva di una maggiore offensività, eppure sanzionata meno severamente» alla luce di un tradizionale giudizio triadico (così invece R. RUDONI, *Il principio costituzionale di proporzionalità delle sanzioni punitive e l'incerta giustiziabilità delle sue violazioni*, in *Giur. cost.*, 2022, 1002).

³⁰³ Il quale recita: «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»³⁰⁴. Affermazione lineare, che si traduce nell'applicabilità alle sanzioni sostanzialmente – seppur non anche formalmente – penali delle sole garanzie previste dalla CEDU: l'istantanea giurisprudenziale che si coglie dalla sentenza n. 43 del 2017 è dunque ancora quella per cui nonostante sia evidentemente in atto un avvicinamento degli statuti garantistici delle sanzioni penali e di quelle non penali, una divaricazione sul piano costituzionale permane. Il che si coglie bene dall'argomento che conduce al rigetto della questione rispetto agli artt. 3 e 25, secondo comma, Cost., quando la Corte osserva che il riferito che la stessa ha «occasionalmente» fatto di quest'ultimo parametro alle sanzioni amministrative incidenti su libertà costituzionali e diritti politici del cittadino ha sempre riguardato il «contenuto essenziale» di questa disposizione, ovverosia il divieto di applicabilità retroattiva della misura, mentre altra è la questione dell'estensione applicativa di tutte le garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative. «*Nulla impedisce al legislatore*», osservava la Corte, «*di riservare alcune garanzie, come quelle previste dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953, al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall'ordinamento interno*»³⁰⁵. Conclusione suffragata dal rimarcato principio dell'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, con conseguente possibilità per il legislatore di non estendere a tale illecito alcuni principi garantistici propri del penale in quanto una simile scelta è espressione di discrezionalità legislativa sindacabile soltanto in caso di vizio di manifesta irragionevolezza o arbitrio³⁰⁶.

Al netto dell'apparente chiarezza dell'impostazione seguita dalla Corte costituzionale, dopo questa pronuncia ne sono giunte altre, che – come abbiamo visto – hanno progressivamente compresso la latitudine valutativa di questa discrezionalità legislativa, ascrivendo anche allo statuto costituzionale delle sanzioni amministrative certe garanzie per lunghi decenni ritenute invece di esclusivo appannaggio dell'illecito penale: in una parola, la normatività del diritto costituzionale penale – in termini più generali, la legalità costituzionale – si è espansa sempre più anche nei confronti di scelte sanzionatorie non penali, ridefinendo ed erodendo ulteriori spazi di discrezionalità legislativa, sempre alla luce del declamato, assiologicamente ordinante fine della necessità costituzionale di tutela effettiva dei diritti fondamentali. Questa giurisprudenza ha infine condotto la Corte costituzionale a un superamento della stessa impostazione seguita nella sentenza n. 43 del 2017, pure funzionale all'innestarsi delle pronunce successive: sviluppi giurisprudenziali in cui sembrerebbe riscontrarsi un approccio che potremmo definire costruttivista.

La sentenza n. 68 del 2021 (rel. Modugno) ha infatti condotto la Corte a un radicale ripensamento degli apprendimenti maturati con la pronuncia del 2017. Torna in questo caso – come nel 2017 – dinanzi ai Giudici di Palazzo della Consulta una questione di legittimità dell'art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953 nella parte in cui la disposizione non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale alla luce della CEDU, questa volta in relazione a un

³⁰⁴ Punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

³⁰⁵ Punto 4.3 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri.

³⁰⁶ *Ibidem*. La Corte richiama qui le già analizzate pronunce n. 49 del 2015 e n. 193 del 2016.

più ampio ventaglio di parametri³⁰⁷. Nel caso di specie si trattava di un giudicato formatosi sulla revoca della patente ex art. 222, comma 2, quarto periodo, cod. strada, il cui automatismo era stato giudicato illegittimo con la già analizzata sentenza n. 88 del 2019, da cui ne discendeva la possibile sostituzione della misura con la semplice sospensione della patente, impedita però non tanto dall'estensione del campo applicativo della disposizione censurata – che la Corte costituzionale osserva essere interpretata dalla Cassazione come passibile di applicazione anche rispetto alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali – quanto dalla negazione, nella giurisprudenza di legittimità, proprio del carattere di sanzione sostanzialmente penale in capo alla revoca della patente, con conseguente esclusione del potere in capo al giudice dell'esecuzione di sostituirla con la sospensione. Il Giudice delle Leggi procede quindi a un vaglio sulla norma sanzionatoria all'esito del quale la giudica non soltanto sostanzialmente penale alla luce della giurisprudenza CEDU³⁰⁸, ma anche portatrice di una «carica afflittiva particolarmente elevata e dalla spiccata capacità dissuasiva», in questo caso addirittura più della sanzione penale³⁰⁹. Giunta a questa conclusione, la Corte supera il precedente del 2017, asserendo che da allora «il processo di assimilazione delle sanzioni amministrative “punitive” alle sanzioni penali, quanto a garanzie costituzionali, ha... conosciuto nuovi e rilevanti sviluppi, tali da rendere non più attuali le affermazioni contenute in tale pronuncia»³¹⁰. Tanto che ormai, rileva sempre la Corte, la sua giurisprudenza «ha ormai esteso alle sanzioni amministrative a carattere punitivo – in quanto tali (indipendentemente, cioè, dalla caratura dei beni incisi) – larga parte dello “statuto costituzionale” sostanziale delle sanzioni penali»³¹¹. Decisivo è quindi l'argomento per cui, se ormai il principio della retroattività della *lex mitior* vale anche per le sanzioni amministrative “punitive”³¹², e se rispetto a questo il principio costituzionale di legalità della pena è «più forte» perché «l'esigenza che la pena risulti conforme a Costituzione lungo tutto il corso della sua esecuzione prevale sulle esigenze di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, a cui presidio è posto l'istituto del giudicato», allora questo bilanciamento «non può... ribaltarsi per le sanzioni amministrative a connotazione punitiva, particolarmente quando si tratti di sanzione quale la revoca della patente di guida»³¹³. Facendo leva sulle già analizzate pronunce in tema di ‘successione impropria’ fra norme penali e norme sanzionatorie amministrative punitive conseguenti a depenalizzazione, alla luce delle quali la minore afflittività delle seconde non è più passibile di assoluta generalizzazione, la Corte giunge infine ad accertare e dichiarare la violazione dell'art. 3 Cost., con assorbimento delle altre questioni. L'art. 30 legge n. 87 del 1953 viene dunque dichiarato illegittimo «in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla

³⁰⁷ Il giudice *a quo* richiama gli artt. 3, 25, secondo comma, 35, 41, 117, primo comma (rispetto agli artt. 6 e 7 CEDU) nonché l'art. 136 Cost.

³⁰⁸ Punti 5 e 6 del *Considerato in diritto*.

³⁰⁹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

³¹⁰ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² Il lettore ricorderà che si tratta di estensione avvenuta con la sentenza n. 63 del 2019.

³¹³ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285».

Questa pronuncia è stata oggetto di reazioni opposte.

In senso critico, si parlato di «acritico *vassallaggio* ai *dictat* dell'*impolitica* giurisprudenza convenzionale»; di sacrificio del metodo sistematico, proprio della Corte costituzionale, per il metodo casistico tipico della Corte EDU; si è detto che la soluzione «più mite» sarebbe stata un'additiva di principio e non l'elaborazione di una regola così puntuale, ritagliata sulla sola revoca della patente; che si sarebbe operato un «salto logico» la tesi della «coesistenza» delle garanzie costituzionali e convenzionali della sentenza n. 43 del 2017 a quella dell'«assimilazione»; che, con questa pronuncia, la Corte avrebbe attratto a sé non più come in altri casi prerogative proprie del legislatore, ma prerogative proprie dei giudici, attribuendosi una sorta di controllo sull'estensibilità in concreto della garanzia ex art. 30 legge n. 87 del 1953³¹⁴. Per altro verso, non è neppure mancato chi ha definito la sentenza una decisione «coraggiosa e innovativa», con «una visione sempre più integrata del diritto vivente», che nella sua dimensione europea si sarebbe rivelato prevalente persino su quello nazionale della Corte di cassazione, conducendo a un esito dove la tutela dei diritti ne uscirebbe rafforzata³¹⁵.

Comunque la si pensi, questo processo di progressiva estensione di alcune garanzie penalistiche a sanzioni formalmente non penali trova in questo caso una sorta di apoteosi, toccando un importante e delicato nodo teorico della giustizia costituzionale italiana come quello rappresentato dalla regola posta dall'art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953³¹⁶. E la pronuncia in esame rappresenta, ai fini del nostro studio, un'ultima pagina – in ordine evidentemente concettuale, non cronologico – delle linee di sviluppo di affinità e divergenze fra discrezionalità legislativa in materia penale e discrezionalità legislativa in materia sanzionatoria non penale allo stato attuale del diritto pubblico italiano. Chiaramente, l'analisi

³¹⁴ Così, A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. n. 68 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021, 877 ss., il quale segnala peraltro una non convincente manipolazione del *petitum* e conclude il proprio commento notando che «utilizzare la Cedu senza freni sicuri, in nome di un'ostinata ma discutibile integrazione ordinamentale, ritagliata *case by case* come una veste di arlecchino, ferisce il principio di divisione tra giudici comuni e Consulta, e tra politica legislativa e giurisdizione costituzionale. È questo, tuttavia, il prezzo della lotta per il dominio politico condotta dalla Corte costituzionale tanto verso il potere giudiziario quanto verso il legislatore» (ivi, 885).

³¹⁵ Così, A. CELOTTO, *Iper-retroattività e diritto vivente Cedu*, ivi, 888.

³¹⁶ Invero, osservava da tempo G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 636, che, seppure «il massimo della retroattività» sia stato previsto «in considerazione della particolare gravità delle sanzioni penali», la norma conterrebbe una lacuna, in quanto limitata all'ipotesi dell'*abolitio criminis* e non estensibile al caso della diminuzione di pena trasformazione in altra meno grave o ancora l'eliminazione di una pena accessoria, a differenza dell'esperienza spagnola, dove «la regola della massima retroattività» trova applicazione addirittura nel campo del diritto amministrativo sanzionatorio; da qui, la possibilità di riflettere, per l'illustre Autore, sulla possibilità di un'interpretazione analogica della norma «anche sul terreno delle sanzioni amministrative», anche alla luce del nesso con le sanzioni penali emerso a detta dello stesso nell'estesa opera di depenalizzazione di quegli anni. Da notare come, rispetto al tempo in cui tali posizioni furono espresse, le Sezioni Unite penali hanno – fra le altre cose – ritenuto la retroattività ex art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953 passibile di incrinare il giudicato anche in caso di accoglimento su circostanze aggravanti (si veda Cass. pen., Sez. un., n. 42858 del 2014, *Gatto*).

sconta il peccato originale di una selezione a monte, ma alla luce della vastità dell'argomento ci è parso che perimetrare il campo fosse assolutamente necessario, anche per garantire maggior rigore a questa parte della selezione giurisprudenziale. Essendo il nucleo del nostro studio l'interrogativo circa la permanenza di un qualche tratto di 'privilegio' rispetto alla discrezionalità legislativa penale nella giurisprudenza costituzionale, queste pagine sembrano evidenziare che, quand'anche permanesse, si tratterebbe di una caratteristica assai ridimensionata rispetto al passato.

L'idea, risalente e radicata, per cui «le sanzioni amministrative, a differenza da quelle penali, non si pongono come strumento di difesa dei valori essenziali del sistema, come tali non misurabili sul terreno della convenienza economica, ma vengono a costituire un momento ed un mezzo per la cura dei concreti interessi pubblici affidati all'amministrazione», e che dunque va esclusa la riferibilità alle stesse della riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost.³¹⁷, sembra veramente lontana dallo stato attuale delle cose.

7. La giurisprudenza costituzionale sul divieto di bis in idem.

La progressiva estensione delle garanzie del diritto costituzionale delle pene alle sanzioni amministrative ha significato una ridefinizione della discrezionalità legislativa in questa specifica area del diritto italiano. Si tratta di una fisiologica conseguenza dello spostamento del confine della necessità costituzionale, perché nel momento in cui l'interpretazione delle disposizioni costituzionali muta, muta anche il relativo *dover essere* e con esso la discrezionalità legislativa nel verso e nelle modalità che conseguono a determinate ascrizioni di significato agli enunciati. Ma questo avvicinamento del 'volto costituzionale' delle due tipologie d'illecito penale e amministrativo ha non soltanto riflessi diretti sulla discrezionalità legislativa in queste due aree in sé considerate; esso comporta infatti anche conseguenze più trasversali, che derivano proprio dalla coesistenza delle due principali declinazioni del diritto sanzionatorio nello stesso ordinamento³¹⁸. In termini più espliciti: determinate scelte sanzionatorie – amministrative o penali che siano – che singolarmente considerate rappresenterebbero un legittimo esercizio di discrezionalità legislativa³¹⁹, possono in certi casi risultare al di fuori del dover essere costituzionale proprio *alla luce delle scelte sanzionatorie poste nell'altra area del tessuto legislativo*. È l'apprendimento che si colloca fisiologicamente a valle d'una giurisprudenza sempre più consapevole delle conseguenze delle scelte sanzionatorie sui diritti fondamentali, anche quando si tratta di sanzioni non penali; apprendimento che, seppur non preceduto da una marcia trionfale in termini di linearità giurisprudenziale, ha trovato il proprio punto di caduta anche sul terreno

³¹⁷ Sentenza n. 447 del 1988.

³¹⁸ Quasi quarant'anni fa, Mireille DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1987, 732 rammentava come, sebbene la «coesistenza» fra le due tipologie di sanzioni avesse in vari Paesi una storia già secolare, «il problema di un loro coordinamento» risultava per contro, in quegli anni, «fondamentalmente nuovo».

³¹⁹ Ovviamente alla luce delle peculiarità dei rispettivi statuti garantistici.

del divieto di *bis in idem*.

Quella sul *ne bis in idem* è una giurisprudenza per certi aspetti assai prossima alla più generale serie di pronunce con cui la Corte costituzionale ha esteso varie garanzie del diritto costituzionale delle pene alle sanzioni amministrative³²⁰, ma se ne distacca in misura decisiva ai fini di questo studio proprio nella misura in cui l'impatto sulla discrezionalità legislativa è profondamente differente. Un conto è infatti rilevare una rimodulazione della discrezionalità legislativa nella singola area del tessuto legislativo e nei versi di volta in volta individuati; altro è individuare una rimodulazione della discrezionalità che taglia trasversalmente varie aree della legislazione, prospettiva che non è detto sia pacificamente comparabile alla prima in termini qualitativi. E di fatti, la rilevanza di questa linea giurisprudenziale, che pure si colloca al crocevia fra dimensione procedurale e sostanziale del diritto punitivo, risiede proprio nel fatto che ha anch'essa un impatto sulla discrezionalità legislativa. Un impatto che, proprio come la giurisprudenza sulla proporzione sanzionatoria o sugli automatismi legislativi, si colloca sul frastagliato crinale che lega astratto e concreto nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Del resto, se possono essere evidentemente dibattute – come del resto sono – le concrete declinazioni del divieto nel tessuto legislativo penale e processuale penale, indubbio ci sembra d'altro canto l'intimo legame del *ne bis in idem* col potere di punire³²¹.

Garanzia dalle radici millenarie³²², la cui *ratio* è ambigua³²³ quanto il suo stesso

³²⁰ Basti pensare alla centralità della giurisprudenza della Corte europea in entrambe le serie di pronunce; giurisprudenza che se certo non è l'unico fattore che ha portato a un cambiamento negli orientamenti della Corte costituzionale, ha però nei fatti svolto una funzione a suo modo decisiva, anzitutto a partire dall'approccio sostanzialista nella definizione della materia penale, da cui deriva in via consequenziale la questione dell'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative punitive e quella del campo operativo del divieto di *bis in idem*.

³²¹ Ad ogni modo, a riprova del fatto che anche alla prospettiva della legalità costituzionale non è necessariamente estranea la considerazione del fatto commesso al di là delle qualificazioni formali, basti anche solo pensare alla disposizione di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., dove il termine di riferimento della legittimità dell'esercizio del potere di punire – almeno nella prospettiva della riserva di legge che da tale disposizione si trae – è il «fatto commesso».

³²² «Isdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari, et ita divus pius salvio valenti rescripsit: sed hoc, utrum ab eodem an nec ab alio accusari possit, videndum est. et putem, quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant, si is, qui nunc accusator exstitit, suum dolorem persequatur doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam, magna ex causa admitti eum ad accusationem debere» (ULPIANUS, *Dig.*, 48, 2, 7, 2). È noto che il divieto risalga al processo formulare romano, seppure sembrerebbe non fosse estraneo neppure ai greci, come rammenta nella sua dotta ricostruzione di J.A. SIGLER, *A History of Double Jeopardy*, in *The American Journal of Legal History*, 4, 1963, 283 ss., il quale peraltro spiega, circa il divieto riflesso nella citazione ulpiana di cui sopra, come esso non vada confuso con la massima civilistica *res iudicata pro veritate accipitur* contenuta in *Dig.* 50, 17, 207 (ivi, 283, nota 4). Altre utili indicazioni storiografiche sono riportate fra gli altri anche da M. KOSTOVA, *Ne/non bis in idem. Origine del "principio"*, in *Diritto e Storia*, 11, 2013, 5 ss. e P. COSTANZO e L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta OnLine*, III, 2015, 851.

³²³ La garanzia può essere del resto vista tanto in una prospettiva di tutela della certezza del diritto *tout court* dal punto di vista dell'«esigenza di stabilità delle previsioni», o di salvaguardia dei diritti fondamentali o, ancora, come strumento volto a garantire l'economia di tempi e risorse processuali (T. RAFARACI, *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir. – Annali III*, Milano, 2010, 861 ss.; per l'ultima prospettiva, F. CAPRIOLI e D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009, 70,

fondamento costituzionale³²⁴, nel diritto nazionale il divieto di *bis in idem* trova in materia penale espressa sanzione nell'art. 649 cod. proc. pen. («Divieto di un secondo giudizio»)³²⁵ dove sembra più che verosimile che il legislatore abbia optato per il criterio dell'*idem factum* in luogo dell'*idem legale*³²⁶. Nella giurisprudenza costituzionale antecedente al 2016³²⁷, in una stratificazione interpretativa che ha percorso i decenni ma senza mai l'occasione di una riflessione compiuta, i giudici di Palazzo della Consulta sono passati da una lettura del divieto ancorata a esigenze di certezza del diritto più che di giustizia³²⁸ al definirlo «principio di civiltà

richiamati sempre da T. RAFARACI, *op. ult. cit., loc. cit.*).

³²⁴ Da taluno si è ritenuto un riconoscimento costituzionale implicito nella cornice del 'giusto processo' già prima del 1999, anno di riforma dell'art. 111 Cost. (T. RAFARACI, *op. cit.*, 858, che richiama, fra gli altri, P. FERRUA, *Il giusto processo*, II ed., Bologna, 2007, 33, nota 22).

³²⁵ Articolo il cui comma 1 recita: «L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345». La disposizione riprende quella di cui all'art. 90 del codice di procedura penale del 1930, il quale a catena è debitore del modello contenuto nell'art. 435 del codice del 1913, a sua volta plasmato sulla struttura degli artt. 518 e 540 del codice del 1865 (in questi termini G. DI CHIARA, *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfida della complessità: uno sguardo introduttivo*, in A. Mangiaracina (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, 4 ss., a cui si rinvia per la letteratura sull'evoluzione post-Unità d'Italia del divieto).

³²⁶ «Non esiste addirittura questione», secondo Franco Cordero: «l'art. 649 vieta un secondo giudizio sul medesimo fatto, anche sotto titolo diverso; ed è quanto succede nel concorso formale eterogeneo; un fatto cade sotto due titoli. Ne bis in idem, senza il minimo dubbio» (F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 1227 ss.). Parlando di 'fatto', è stato comunque osservato che se il fatto storico a cui ci si riferisce sia o meno il medesimo «sarà sempre il diritto a farcelo vedere», e che in questa prospettiva l'art. 649 cod. proc. pen. farebbe riferimento all'*idem* sul piano storico-naturalistico «da individuare tenendo conto degli elementi fattuali giuridicamente significativi», con la disposizione – il diritto, appunto – che «traccia una direzione, offre un senso: l'*idem* da cui dipende il divieto di doppio giudizio non è l'*idem legale*» (così C. SOTIS, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *L'indice penale*, 2, 2017, 463, il quale sottolinea come però le cose siano decisamente più complesse per quanto concerne invece il diritto penale sostanziale, dove sarebbe addirittura in discussione «la stessa esistenza di un *ne bis in idem* sostanziale»).

³²⁷ Le più recenti pronunce della Corte costituzionale in tema di *ne bis in idem* iniziano infatti a esser pronunciate a partire da quest'anno.

³²⁸ «Non sembra nemmeno possibile considerare», si legge ad esempio nella sentenza n. 69 del 1976, «detto principio quale espressione di una insopprimibile esigenza di giustizia, in senso assoluto, sì da ravvisare nella sua inapplicabilità in determinate situazioni una violazione della garanzia costituzionale del diritto di difesa. È infatti necessario tener presente, di là dal fondamento sostanziale del principio, per cui non è giusto che uno stesso fatto possa essere punito due volte, il suo valore processuale, in funzione di esigenze non solo di giustizia ma anche di certezza giuridica: il *ne bis in idem* si ricollega infatti essenzialmente all'efficacia preclusiva del giudicato in senso formale o processuale» (punto 4 del *Considerato in diritto*). Si veda pure la sentenza n. 6 del 1976, dove la Corte rileva che «la semplice reiterazione del processo in ordine a uno stesso episodio, ma con riferimento a più "fatti" in cui esso si scinda, non può influire sul diritto di difesa dell'imputato, perché, nel caso, la tutela che a quel diritto è riservata, non viene limitata od esclusa in alcun modo». E ancora, si veda l'ancor più lontana nel tempo sentenza n. 48 del 1967, con la quale la Corte rigetta la tesi del giudice *a quo* dell'asserita natura di principio di diritto internazionale consuetudinario del divieto di *bis in idem*, osservando che se pure si possa auspicare «l'avvento di una forma talmente progredita di società di Stati da rendere possibile, almeno per i fondamentali rapporti della vita, una certa unità di disciplina giuridica e con essa una unità, e una comune efficacia, di decisioni giudiziarie», la realtà considerata non rispecchia detta idealità e che per ascrivere un'efficacia

giuridica, oltre che di generalissima applicazione»³²⁹, all'ancorarlo – pur ancora in una prospettiva di certezza giuridica – al diritto alla tutela giurisdizionale e alla funzione di supremo giudice di legittimità della Cassazione³³⁰, fino a parlarne in termini di «garanzia» della persona³³¹.

Tuttavia, come detto, a rilevare nelle più recenti linee giurisprudenziali sul tema un elemento di assoluto rilievo è soprattutto la considerazione da parte della Corte costituzionale della garanzia per come si è andata delineando nel diritto internazionale ed europeo³³². E in effetti, anche in questa linea giurisprudenziale ha avuto un enorme impatto l'introduzione costituzionale della CEDU per come interpretata dalla Corte europea; e pure in questo caso risulta decisiva la giurisprudenza CEDU sulle garanzie della *matière pénale* e, prima ancora, l'apertura realizzata dalla Corte costituzionale con le sentenze «gemelle» n. 348 e 349 del 2007 e le sue successive rimodulazioni³³³. Fondamentale è dunque, in questa prospettiva, tener conto della garanzia per come sancita dall'art. 4, Protocollo n. 7 alla CEDU e interpretata dalla Corte europea e, sia pur – per così dire – più lateralmente, della sua morfologia nel diritto dell'Unione europea.

«Nessuno», recita l'art. 4, Protocollo n. 7 alla CEDU, «può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato». Garanzia assistita al comma 3 dello stesso articolo dalla previsione per cui non può essere autorizzata alcuna deroga ai sensi dell'art. 15³³⁴.

Va anzitutto osservato che la garanzia è figlia di un «ritardo»³³⁵, trovando espresso riconoscimento soltanto nel 1984, oltre che oggetto di una non unanime ratifica da parte degli Stati contraenti³³⁶ e, nel caso dell'Italia, di un'apposita riserva che mirava a limitare l'applicabilità del divieto alle sole norme qualificate come penali dal diritto nazionale.

Si tratta di una disposizione che si misura con la duplice difficoltà di una non semplice interpretazione e applicazione e di quella delle importanti differenze che

preclusiva della sentenza penale in ambito internazionale sarebbe necessario, oltre all'«identità di riflessi sociali e politici, anche una assai larga uniformità di previsione delle varie fattispecie penali, e una pressoché identica valutazione, nella coscienza dei popoli, delle varie forme delittuose e della entità e pericolosità della delinquenza in ciascuno Stato».

³²⁹ In questi termini l'ordinanza n. 150 del 1995.

³³⁰ Così l'ordinanza n. 501 del 2000.

³³¹ Sentenza n. 381 del 2006, punto 5 del *Considerato in diritto*.

³³² Fra le tante, si veda ad esempio la ricostruzione di G. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *Leg. pen.*, 24 luglio 2015, 1 ss.

³³³ Sul punto si rinvia dunque a quanto già osservato riflettendo sulla giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente esteso le garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative punitive.

³³⁴ Si tratta della deroga in caso di guerra o di altro pericolo pubblico da cui derivi una minaccia alla vita della nazione.

³³⁵ In questi termini S. ALLEGREZZA, *Art. 4 Protocollo VII della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 894 ss.

³³⁶ Si pensi alla firma non seguita tuttavia da ratifica da parte della Germania e dei Paesi Bassi.

intercorrono fra le specifiche tradizioni giuridiche degli Stati contraenti³³⁷.

Seppure dal tenore letterale della disposizione convenzionale non si traggano riferimenti espliciti al fatto commesso come nel codice di procedura penale italiano e anzi maggiore possa apparire il peso attribuito alla qualificazione giuridica, dal 2009, dopo decenni di oscillazioni, la giurisprudenza della Corte EDU ne ha offerto una lettura sostanzialista, orientata dal criterio dell'*idem factum*³³⁸.

La questione del *ne bis in idem* nelle sue intersezioni fra diritto convenzionale e diritto nazionale irrompe però nella giurisprudenza e nel dibattito scientifico italiano soltanto con la sentenza *Grande Stevens e altri c. Italia* del 4 marzo 2014. Con questa decisione, la Seconda Sezione della Corte EDU ha acceso i riflettori sulla compatibilità convenzionale della coesistenza nel diritto italiano di sanzioni penali e di speculari sanzioni rispetto ai medesimi fatti della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB). Si tratta di quello che viene comunemente definito – con metafora per certi versi opinabile ma ormai entrata nel lessico specialistico – ‘doppio binario sanzionatorio’³³⁹.

Apice giurisprudenziale di una complessa vicenda³⁴⁰, con la pronuncia in questione

³³⁷ In questi termini J.A. FROWEIN, Art. 4 des 7. ZP, in Id. e W. Peukert (a cura di), *Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar*, III ed., Kehl am Rhein, 2009, 712, il quale prende a titolo di esempio la differenza intercorrente fra le possibilità interpretative offerte dalla disposizione CEDU e quella di cui all'art. 103, par. 3, Grundgesetz, dove si parla di punizione per lo stesso fatto («Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden») a differenza della prima, dove si parla esplicitamente di stesso ‘reato’: secondo Frowein l'esempio dimostrerebbe come la disposizione CEDU non consentirebbe di definire in modo chiaro se vada presa in considerazione la definizione procedurale di reato propria del diritto processuale penale tedesco oppure se ci si riferisca alla qualificazione del fatto alla luce di una determinata norma di diritto penale.

³³⁸ Corte EDU, Grande Camera, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009, § 80-82. Su questo assestamento interpretativo sembra esserci una generale convergenza nelle ricostruzioni offerte dai commenti all'evoluzione interpretativa della disposizione: si vedano ad esempio T. BARKHUYSEN e M. VAN EMMERIK, *Procedural Rights*, in J. Gerards (a cura di), *Fundamental Rights. The European and International Dimension*, Cambridge, 2023, 306 e D. HARRIS *et al.*, *The fourth, sixth, seventh, and thirteenth protocols*, in Id., M. O'Boyle e C. Warbrick (a cura di), *Law of the European Convention on Human Rights*, V ed., Oxford, 2023, 986 ss. Sugli orientamenti precedenti si veda ancora la puntuale ricostruzione di S. ALLEGREZZA, *op. ult. cit.*, 900 ss. Interessante l'osservazione di N. GALANTINI, *Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1212, per la quale l'assetto interpretativo consolidatosi in *Zolotukhin* «in qualche misura fluido nell'approccio alle tradizionali categorie giuridiche, ma nel contempo ardito nell'applicare il divieto a fattispecie diverse per materia, rivela tuttavia la difficoltà di un percorso non sempre lineare». Per altro verso, osservano che la nuova linfa di cui si nutre il dibattito sul *ne bis in idem* deriverebbe proprio dalla concezione sostanzialistica di *matière pénale* G. RANALDI e F. GAITO, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 1, 2017, 8.

³³⁹ Una «metafora ferroviaria abusata a tal segno da essere quasi assurda a nomenclatura giuridica» (G.M. FLICK e V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. AIC*, 3, 2015, 18).

³⁴⁰ L'intera vicenda, la quale ha avuto peraltro una notevole eco mediatica, ruotava attorno alla diffusione il 23 agosto 2005 di un comunicato col quale le società IFIL Investment s.p.a. (dal 2009 Exor s.p.a.) e Giovanni Agnelli s.a.a. facevano sapere al mercato che la Exor non aveva «né avviato né studiato iniziative riguardanti la scadenza del prestito convertendo» che la società FIAT aveva sottoscritto con otto banche che, in caso di mancato rimborso, avrebbero potuto ottenere una compensazione del credito attraverso la sottoscrizione di un aumento del capitale societario,

la Corte EDU era stata chiamata a giudicare della violazione da parte della Repubblica italiana di una variegata serie di garanzie convenzionali, dal diritto a un equo processo (art. 6) alla protezione della proprietà (art. 1, Protocollo addizionale) fino – appunto – al divieto di *bis in idem* (art. 4, Protocollo n. 7) a causa della comminazione di sanzioni amministrative da parte della CONSOB per la commissione dell'illecito di manipolazione del mercato cui all'art. 187-ter TUF e della successiva instaurazione nei confronti dei ricorrenti di un procedimento penale per la contestuale commissione del reato di cui all'art. 185 TUF.

La Corte EDU, tenuta in prima battuta a valutare l'eventuale applicabilità del profilo penale dell'art. 6 della Convenzione, richiamando la propria giurisprudenza da *Engel c. Paesi Bassi* e *Öztürk c. Germania* in poi, ritiene che le sanzioni previste per l'illecito amministrativo tratteggiato nell'art. 187-ter TUF ricadano proprio nell'ambito della materia penale³⁴¹. A questo passaggio seguono l'accertamento di

acquisendo dunque il 28% del capitale sociale (mentre invece IFIL Investments avrebbe visto la propria partecipazione passare dal 30,06% al 22%). Il 20 febbraio 2006, la Divisione mercati e consulenza economica della CONSOB aveva però contestato ai ricorrenti la violazione dell'art. 187-ter d.lgs. n. 58 del 1998 («Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52», d'ora in avanti 'TUF') rubricato «Manipolazione del mercato», ai sensi del quale «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 20.000 a euro 5.000.000 chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari». Infatti, secondo la Divisione mercati e consulenza economica al momento della diffusione del comunicato la società IFIL aveva concluso o era in procinto di concludere un accordo di rinegoziazione di un contratto di *equity swap* concluso con la banca d'affari inglese Merrill Lynch International Ltd il quale avrebbe consentito alla stessa IFIL di sottoscrivere un aumento di capitale alla scadenza del contratto di finanziamento con le otto banche italiane, conservando dunque la propria quota di partecipazione al capitale sociale di FIAT nella misura del 30%. Secondo la tesi della Divisione della CONSOB, evidentemente, il comunicato di cui si è detto era dunque da considerarsi falso. All'esito della procedura sanzionatoria ex art. 187-septies TUF ai ricorrenti venivano irrogate pesanti sanzioni amministrative che, nonostante una riduzione significativa in sede di giudizio di opposizione di fronte alla Corte d'appello di Torino, diventano definitive nel 2009 con una sentenza della Corte di cassazione. Nel mentre, tuttavia, il 7 novembre 2008 gli stessi ricorrenti erano stati rinviati a giudizio con la contestazione di aver commesso l'illecito penale di cui all'art. 185 TUF (articolo rubricato anch'esso «Manipolazione del mercato») e il procedimento si concludeva all'esito dei vari gradi di giudizio con le condanne di Gianluigi Gabetti e Franco Grande Stevens, mentre la Cassazione confermava l'assoluzione di Virgilio Marrone, terzo ricorrente persona fisica (gli altri due ricorrenti erano invece le società Exor s.p.a. e Giovanni Agnelli s.a.a.). Fra le altre cose, va menzionata la valutazione di manifesta infondatezza dell'eccezione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti relativa alla violazione dell'art. 4, Protocollo n. 7 alla CEDU come norma interposta da parte del Tribunale di Torino, in quanto gli artt. 185 e 187-ter TUF non avrebbero punito lo stesso fatto, perché soltanto la fattispecie penale richiedeva la sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari come risultato della condotta, e sempre la fattispecie penale richiedeva l'esistenza di un dolo, al contrario dell'illecito amministrativo imperniato più semplicemente su una condotta colpevole. Alla fine, le condanne penali sarebbero state annullate per via dell'intervenuta prescrizione del reato.

³⁴¹ § 99. La Corte giunge invero a questa valutazione tenendo conto dello scopo preventivo e tuttavia anche repressivo dell'illecito (§ 96), del fatto che a rilevare sia la sanzione che è possibile comminare in astratto e non in concreto, con i relativi meccanismi di compensazione *ex post* all'esito dell'eventuale condanna nel procedimento penale (§ 97) e, da ultimo, della gravità stessa di queste sanzioni (§ 98).

una violazione dell'art. 6 per difetto d'imparzialità³⁴² e al contempo l'esclusione di una violazione delle garanzie afferenti alla proprietà (art. 1, Protocollo addizionale). Ma chiaramente ciò che davvero rileva nella prospettiva di quest'analisi è il giudizio sull'asserita violazione della garanzia del *ne bis in idem*.

Ebbene, con la sentenza *Grande Stevens* la Corte EDU ha giudicato la riserva posta dall'Italia all'applicabilità dell'art. 4, Protocollo n. 7³⁴³ non rispondente ai crismi richiesti dall'art. 57, par. 2, CEDU e dunque nulla: è infatti stata riscontrata l'assenza nella riserva posta dall'Italia di qualsivoglia «brief statement» della legge o delle leggi ritenute incompatibili con la Convenzione³⁴⁴. È un passo preliminare, necessario a entrare nel merito dell'asserita violazione del divieto di *bis in idem* da parte dei ricorrenti. A questo segue il richiamo della già citata sentenza *Sergey Zolotukhin c. Russia* e il suo incentrarsi nettamente sul criterio dell'*idem factum*³⁴⁵, e il rilievo che gli artt. 187-ter e 185, comma 1, TUF vertono sulla stessa condotta, la diffusione di false dichiarazioni, posta in essere dalle stesse persone: da qui, la riscontrata violazione dell'art. 4, Protocollo n. 7³⁴⁶.

È interessante osservare come la chiosa argomentativa sia rappresentata dal richiamo al diritto dell'Unione europea, nel quale l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali («Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso

³⁴² Questo giudizio della Corte EDU è stato oggetto di severe critiche in letteratura per la sua argomentazione «a dir poco paradossale», che «rovescia invero l'ordine delle precedenze tra Consob e giudice penale, ordine basato sulle ben diverse garanzie che l'una e l'altro assicurano agli accusati». La Corte avrebbe infatti dovuto limitarsi ad accogliere la prima censura, relativa al mancato svolgimento di un'udienza pubblica per la discussione dei ricorsi, dichiarando invece l'assorbimento dell'altro motivo, ovvero sia il carattere asseritamente non indipendente e imparziale della CONSOB. E in effetti, il fatto che sia stato infine invalidato un esercizio d'azione penale mantenendo però in pieno le sanzioni irrogate per gli stessi fatti dalla CONSOB, la quale aveva operato per mesi con due soli membri in violazione del *tre faciunt collegium* e comunque priva d'imparzialità sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo, è stato definito «il vero paradosso». In questi termini, M. MANETTI, *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.*, 2014, 2942 ss., 2946 la quale solleva peraltro un'ulteriore, interessante questione, ovvero sia il fatto che da questa impostazione della Corte EDU deriverebbe una violazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale (ivi, 2492 ss.). Rispetto a quest'ultimo punto, da altri si osservato che, nel caso in cui fosse la sanzione amministrativa a divenire definitiva per prima, si potrebbe sostenere «che sia il principio della obbligatorietà dell'azione penale a dover soccombere, in quanto, probabilmente, non rientrante in quel nucleo essenziale di principi fondamentali che, secondo la teoria dei cd. controlimiti all'ordinamento comunitario, non potrebbero mai essere superati» (M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2014, 1065). Più in generale, esprime forti perplessità sulla tenuta dei procedimenti sanzionatori dinanzi alle autorità indipendenti rispetto alle garanzie richieste dall'art. 6 CEDU E. BINDI, *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3021.

³⁴³ Riserva che come ricordato mirava a escludere dal campo applicativo del divieto di *bis in idem* convenzionale gli illeciti e le procedure non qualificati come 'penali' dalla legge italiana.

³⁴⁴ § 210-211. La Corte EDU ha peraltro osservato dalla vaghezza delle indicazioni fornite dalla Repubblica italiana nella riserva non si sarebbe peraltro potuto escludere una tendenza all'espansione di questa limitazione (§ 211).

³⁴⁵ § 219.

³⁴⁶ § 227-228.

reato») sancisce una speculare garanzia di *ne bis in idem*³⁴⁷. Di fronte all'asserzione del Governo italiano per cui la giurisprudenza della Corte di giustizia avrebbe consentito al cumulo fra sanzioni amministrative e sanzioni penali nel campo degli abusi di mercato, la Corte EDU³⁴⁸ fa presente che in *Spector Photo Group*³⁴⁹ i giudici del Kirchberg avevano escluso un obbligo posto in capo agli Stati dalla direttiva 2003/6 di ricorrere alle sanzioni penali a carico di autori di abuso d'informazioni privilegiate³⁵⁰, e che in *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*³⁵¹ in tema di IVA i giudici del Kirchberg la possibilità di applicare una doppia sanzione fiscale e penale era stata subordinata alla condizione che la prima non fosse di natura penale³⁵². È uno snodo argomentativo che meritava di essere evidenziato, in quanto la ricerca di un punto di equilibrio alla luce di affinità e divergenze fra le giurisprudenze delle due corti europee³⁵³ e della Corte costituzionale è una delle

³⁴⁷ Disposizione che recita: «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge».

³⁴⁸ §229. Da notare come la Corte EDU premetta esplicitamente di essere consapevole che il suo compito non è quello di interpretare la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione.

³⁴⁹ CGUE, Terza Sezione, *Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck c. Commissie voor het Bank-, Financier- en Assurantiewezen (CBFA)*, 23 dicembre 2009, C-45/08.

³⁵⁰ Ammonendo peraltro circa il rischio che le sanzioni amministrative adottate potessero essere considerate sostanzialmente penali alla luce della CEDU.

³⁵¹ CGUE, Grande Sezione, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, 26 febbraio 2013, C-617/10.

³⁵² Curioso osservare come in *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* la Corte di giustizia non abbia fatto alcun richiamo alla CEDU, incentrandosi unicamente sull'art. 50 CDFUE. Circostanza che non è affatto passata inosservata in letteratura, e interpretata da taluno come il sintomo che la Corte di giustizia avrebbe nell'occasione «ritenuto di non sentirsi vincolata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» (R. CONTI, *Gerarchia fra Corte di giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le carte dei diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in *Diritti comparati*, 6 marzo 2013, 10 ss.). Altri hanno invece sottolineato che in ogni caso l'estensione del campo applicativo dell'art. 50 CDFUE da parte della Corte di giustizia «all'intera materia penale» in avrebbe portato al risultato di «interpretare i diritti sanciti dalla Carta direttamente dalla CEDU e più ampiamente dal complesso di norme anche contenute nei protocolli e risultanti dalla interpretazione della Corte» (S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2013, 8).

³⁵³ Osservavano P. COSTANZO e L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem"*, cit., 869 come le giurisprudenze delle due corti europee siano accomunate dal divieto della doppia sanzione di tipo penale non solo nello Stato ma anche fra più Stati, mentre «in vista della predisposizione di regimi sanzionatori "efficaci, proporzionati e dissuasivi", potrebbe risultare praticabile il percorrimiento del doppio binario amministrativo/penale» nel caso in cui, secondo gli autori richiamati, la Corte EDU avesse superato la propria giurisprudenza rigidamente imperniata intorno alla considerazione della natura 'penale' di sanzioni formalmente amministrative. Sul piano delle differenze, in margine a *Grande Stevens*, notava ad esempio P. GAETA, *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in *Quad. cost.*, 3, 2014, 742 ss. come mentre la Corte EDU si riserva il monopolio del potere di qualificazione dell'illecito «nel timore che ciò possa affossare la salvaguardia», la Corte di giustizia al contrario «usa proprio il giudice nazionale quale sentinella sulla compatibilità del cumulo sanzionatorio rispetto ai diritti fondamentali». Questi due approcci così differenti, secondo l'Autore, non possono che implicare un differente impatto sul campo applicativo del divieto di *bis in idem*. L'ipotesi che fosse il giudice nazionale a operare un giudizio sulla natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa ai sensi della CEDU non era stata invero esente da giudizi critici in letteratura (è ad esempio la posizione di G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e "doppio binario"*

questioni centrali sottese alle recenti vicende sul divieto di *bis in idem*.

La sentenza *Grande Stevens* era destinata ad attirare l'attenzione di addetti ai lavori e letteratura giuridica: esito inevitabile, considerato il fatto che nel tessuto legislativo italiano la coesistenza di ipotesi di illecito – penale e amministrativo – e sanzione – penale e amministrativa – per le medesime condotte non si esaurisce certo nel solo esempio delle citate fattispecie di manipolazione del mercato³⁵⁴. Basti pensare al diritto punitivo tributario³⁵⁵. Tuttavia, più che il dibattito confluito a valle della sentenza della Corte EDU, ai fini di quest'analisi interessa la posizione assunta dalla Corte costituzionale. Dopo *Grande Stevens* era prevedibile che venissero sollevate delle questioni di legittimità costituzionale di norme sanzionatorie ritenute in contrasto con il *ne bis in idem* convenzionale.

Una prima pronuncia – che rappresenta peraltro un non comune caso di doppio relatore – si ha nel 2016 proprio in tema di abusi di mercato, ma non fornisce grandi indicazioni in merito³⁵⁶. In particolare, due ordinanze di rimessione della Corte di cassazione prospettavano l'illegittimità costituzionale degli artt. 187-bis, comma 1 e 187-ter, comma 1, TUF e in via subordinata dell'art. 649 cod. proc. pen. per l'asserito contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. attraverso la violazione della norma interposta del *ne bis in idem* convenzionale. Tutte e tre le questioni si

sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 218).

³⁵⁴ Un giudizio molto netto sul fatto che *Grande Stevens* abbia messo «seriamente – se non definitivamente – in discussione la già precaria stabilità dell'assetto repressivo contro gli abusi di mercato» si rinviene nel volume di F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, 219. Sulla necessità che la Repubblica italiana adottasse misure di carattere generale per evitare altre violazioni della CEDU dello stesso tenore si era soffermato anche V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, maggio 2014, 1200. Peraltro, nell'opinione in parte concordante e in parte dissenziente firmata dai giudici Karakaş e Pinto de Albuquerque, si sottolinea proprio come il sistema del 'doppio binario' violi *ne bis in idem* (§ 25) e che né la specialità (art. 9 legge n. 689 del 1981) né la detrazione delle sanzioni amministrative da quella penale (art. 187-terdecies TUF) rappresentano garanzie sufficienti a evitare una simile violazione (§ 27). Opinione che contiene solide argomentazioni da cui trarre un'incompatibilità strutturale di un sistema così concepito con la garanzia di *ne bis in idem* per come interpretata dalla Corte EDU fino a quel momento. Non è del resto neppure estranea, alla letteratura giuridica italiana, la presa d'atto della problematica sottesa all'evoluzione della disposizione di cui all'art. 9 legge n. 689 del 1981 che afferma il principio di specialità per evitare il sovrapporsi di sanzioni penali e amministrative – principio che, si badi, va in ogni caso tenuto rigorosamente distinto dal divieto di *bis in idem* – la quale sarebbe passata dal vedersi attribuita la qualifica di «norma di principio» al passare attraverso un'importante numero di deroghe a «norma di rango sussidiario» (A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 5, 2014, 865).

³⁵⁵ Apparato punitivo improntato proprio al 'doppio binario' fra procedimento amministrativo e penale. Impietoso il giudizio di qualche anno fa di Enzo MUSCO, *Brevi note sulla riforma del diritto penale tributario*, in *Rass. trib.*, 5, 2010, 1192, la cui analisi si concludeva parlando di «un testo normativo che arreca più danni che benefici e, soprattutto, che ha determinato una sostanziale disarmonicità nel sistema sanzionatorio». Più di recente A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. Cadoppi et al. (a cura di), *Diritto penale dell'economia. Tomo primo. Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, Torino, 2017, 669 ha osservato come in quest'area del tessuto legislativo l'impostazione «gradualistica» nella struttura delle fattispecie siano «fattori di crescita del rischio di *bis in idem*».

³⁵⁶ Sentenza n. 102 del 2016 (rel. Lattanzi e Cartabia).

infrangono però sul muro dell'inammissibilità. Al netto delle due questioni sulle disposizioni contenute nel TUF, su cui la Corte argomenta in termini di inammissibilità per irrilevanza e di insufficiente motivazione sulla non manifesta infondatezza³⁵⁷, interessante è quanto viene detto su quella relativa all'art. 649 cod. proc. pen.

Alla Corte si chiedeva un'additiva che dichiarasse la disposizione illegittima nella parte in cui non prevedeva «l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto, nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale» ai sensi della CEDU. I giudici di Palazzo della Consulta hanno avuto gioco facile nel ripercorrere i dubbi posti dalla stessa Cassazione sulla questione prospettata circa il rischio di causare, con una simile additiva, «un'incertezza quanto al tipo di risposta sanzionatoria – amministrativa o penale – che l'ordinamento ricollega al verificarsi di determinati comportamenti, in base alla circostanza aleatoria del procedimento definito più celermente»³⁵⁸. Non solo, la stessa Cassazione – e la Corte costituzionale lo ricorda – aveva paventato il rischio, alla luce dell'aleatorietà delle sanzioni applicabili, di determinare la violazione di altri principi costituzionali, dalla determinatezza alla legalità penale passando per il principio di eguaglianza fino al possibile inadempimento degli obblighi europei di assicurare effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni con l'ulteriore violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. L'inammissibilità viene così facilmente motivata facendo leva sul «carattere perplesso della motivazione sulla non manifesta infondatezza»³⁵⁹.

Assai più rilevante è però la sentenza dello stesso anno sulla tragica vicenda *Eternit*³⁶⁰, nella quale la Corte costituzionale ha avuto la necessità di muoversi su un campo effettivamente complesso, al crocevia fra diritto vivente nazionale e giurisprudenza della Corte europea. Venivano qui poste due questioni, tutte incentrate sull'art. 649 cod. proc. pen. Il Tribunale di Torino prospettava, da un lato,

³⁵⁷ L'art. 187-bis TUF era infatti già stato applicato nel giudizio principale, mentre la questione sull'art. 187-ter, comma 1 era stata prospettata «in maniera dubitativa e perplessa» (rispettivamente, punti 6.1 e 6.3 del *Considerato in diritto*).

³⁵⁸ In merito abbastanza critica E. BINDI, *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, in *Le Società*, 10, 2016, 1138 ss., la quale osserva che se la sanzione amministrativa è sostanzialmente penale, e dunque «è amministrativa solo sulla carta, l'alternativa non è tra sanzione penale e sanzione amministrativa, ma tra due sanzioni penali».

³⁵⁹ Punto 6.2 del *Considerato in diritto*. Critico sulla pronuncia in esame F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016, par. 5, che osserva come «la Corte ha qui evidentemente deciso... di non decidere». Definisce invece il momento storico in cui giunge la sentenza n. 102 del 2016 come una fase «caratterizzata dal *non liquet* della Corte costituzionale» alla luce di vari giudizi pendenti dinanzi alle corti europee A.F. TRIPODI, *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016, 1508 ss.

³⁶⁰ Sentenza n. 200 del 2016 (rel. Lattanzi). Il giudice rimettente si ritrovava a dover decidere della richiesta di rinvio a giudizio per omicidio colposo di un imputato già giudicato in via definitiva per lo stesso fatto storico e prosciolti per prescrizione dei reati di disastro colposo (art. 434 cod. pen.) e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro (art. 437 cod. pen.).

l'illegittimità per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. rispetto all'art. 4, Protocollo n. 7 alla CEDU nella parte in cui limitava l'applicazione del divieto di *bis in idem* all'esistenza del medesimo «fatto giuridico» nei suoi elementi costitutivi nonostante una differente qualificazione, anziché all'esistenza del medesimo «fatto storico». L'altra questione mirava invece a prospettare l'illegittimità del diritto vivente per cui il divieto di *bis in idem* sarebbe stato insuscettibile di applicazione nel caso in cui il reato già giudicato fosse stato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova iniziativa del pubblico ministero, nonostante la medesimezza del fatto.

Quanto alla prima questione, la Corte costituzionale riconosce al Tribunale di Torino che nella giurisprudenza della Corte EDU è ormai recepito il criterio dell'*idem factum*, ma non condivide la tesi del rimettente per cui ai fini dell'individuazione dell'*idem* si debba guardare alla sola azione od omissione. «Il fatto storico-naturalistico», osserva la Corte, «rileva, ai fini del divieto di *bis in idem*, secondo l'accezione che gli conferisce l'ordinamento, perché l'approccio epistemologico fallisce nel descriverne un contorno identitario dal contenuto necessario». Da qui i giudici di Palazzo della Consulta escludono si debba guardare alla sola condotta e non anche all'oggetto su cui essa cade, se non addirittura all'evento naturalistico che ne consegue o alla modificazione della realtà che viene causata³⁶¹. La Corte richiama quindi la giurisprudenza CEDU per verificare quali degli elementi richiamati rilevino ai fini dell'individuazione dell'*idem*, concludendo per confutare proprio alla luce dell'analisi di questa giurisprudenza la tesi del giudice *a quo*³⁶². Di più, nella pronuncia si osserva che «la tutela convenzionale affronta il principio del *ne bis in idem* con un certo grado di relatività, nel senso che esso patisce condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto a esigenze contrarie di carattere sostanziale», concludendo che la CEDU, se pure impone agli Stati membri di applicare un divieto di *bis in idem* incentrato su una concezione naturalistica del fatto, al contempo non limita quest'ultimo alla sola condotta³⁶³.

Concedendoci una parentesi, è veramente interessante osservare che, soffermandosi sull'ipotetica compatibilità costituzionale di una lettura dell'art. 649 cod. proc. pen. incentrata sul criterio dell'*idem legale*, la Corte afferma che non solo una simile interpretazione violerebbe la CEDU, ma anche gli stessi artt. 24 e 111 Cost. ai quali il divieto di *bis in idem* «va collegato in via generale»³⁶⁴.

³⁶¹ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

³⁶² Punto 5 del *Considerato in diritto*.

³⁶³ Punto 6 del *Considerato in diritto*. Fra queste contrapposte esigenze la Corte annovera le finalità di perseguire la giustizia, nonché – richiamando Corte EDU, Grande Camera, *Marguš contro Croazia*, 27 maggio 2014 – la soggezione della garanzia di *ne bis in idem* al bilanciamento con gli artt. 2 e 3 CEDU sul diritto alla vita e la proibizione della tortura, alla luce dei quali la pregnanza della garanzia in questione si attenua di fronte a «obblighi di tutela penale».

³⁶⁴ Sul punto la Corte richiama l'ordinanza n. 501 del 2000, da noi richiamata in premessa. In realtà, il collegamento fra il divieto di *bis in idem* e le disposizioni costituzionali in questione non è nell'ordinanza in questione così esplicito, almeno non nei termini in cui lo si riporta nella sentenza del 2016. Nel 2000 era stata infatti posta una questione sulla mancata possibilità per il giudice del rinvio di discostarsi dalla pronuncia della Cassazione e sul potere d'impugnazione della sentenza dello stesso giudice di rinvio per non essersi uniformato nella sua decisione. In funzione

Benché non riconosciuto espressamente dalla lettera della Costituzione, tale principio è infatti immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire.

Fatte queste premesse, la Corte ritiene allora l'*idem legale* un criterio «troppo debole» per trovare una consonanza con la legalità costituzionale, perché solo un giudizio che guardi alla medesimezza del fatto storico «scongiora il rischio che la proliferazione delle figure di reato, alle quali in astratto si potrebbe ricondurre lo stesso fatto, offra l'occasione per iniziative punitive, se non pretestuose, comunque tali da porre perennemente in soggezione l'individuo di fronte a una tra le più penetranti e invasive manifestazioni del potere sovrano dello Stato-apparato». La Corte argomenta dunque la dimensione del *dover essere* costituzionale del divieto di *bis in idem* fondato sull'*idem factum* ricorrendo esplicitamente alla necessità di tutelare la persona di fronte al potere di punire: il che sembra proprio il passaggio da un'idea di *ne bis in idem* legato a esigenze di certezza del diritto a quella che rappresenti anzitutto uno strumento di garanzia dei diritti fondamentali. Ed è qui che, chiosa la Corte, «Costituzione e CEDU si saldano»³⁶⁵.

Infine, il rilievo per cui non esiste un diritto vivente nazionale che accoglie il criterio dell'*idem legale* ma solo un orientamento giurisprudenziale minoritario che guarda alla questione in questi termini porta al rigetto della prima questione, perché, al contrario di detto orientamento, «con una lettura conforme all'attuale stadio di

argomentativa della manifesta infondatezza della questione, la Corte costituzionale aveva quindi osservato che l'«esigenza di definitività e certezza» legata al funzionamento del sistema delle impugnazioni ordinarie e in particolare all'esistenza di «una pronuncia terminale» da parte della Corte di cassazione assurge a valore costituzionale, «in quanto ricollegabile sia al diritto alla tutela giurisdizionale... sia al principio della ragionevole durata del processo». In definitiva, se pure si volesse considerare l'ordinanza n. 501 del 2000 un precedente in cui è possibile trovare la prima ascrizione al divieto di *bis in idem* di un legame con precise disposizioni della Costituzione repubblicana, bisognerebbe tener conto che questo è semmai avvenuto in termini non espliciti, e in ogni caso nel quadro di un apparato argomentativo rispetto al quale il divieto e le sue possibili modalità di strutturazione erano in effetti estranei. La precisazione non ci appare inutile, in quanto, lungi dal mettere in discussione la plausibilità di una simile costituzionalizzazione del divieto, è proprio dalla più o meno precisa individuazione della sua morfologia che dipende la latitudine valutativa del legislatore nell'intervenire nelle varie aree del diritto sanzionatorio. Si tratterebbe di un'operazione di grande importanza, rispetto alla quale il testo costituzionale offre varie potenzialità interpretative, al di là della ricerca della dimensione convenzionale ed europea del divieto. E di fatti la Corte fa seguire il richiamo da alcuni passi in cui si inquadra il divieto più compiutamente, nella cornice dell'assiologia costituzionale. Più che al precedente richiamato, questa individuazione delle fondamenta costituzionali del *ne bis in idem* potrebbe allora ascriversi proprio alla sentenza n. 200 del 2016.

³⁶⁵ E ciò perché entrambe condividono la prospettiva dell'*idem factum* «e ripudiano l'intorbidamento della valutazione comparativa in forza di considerazioni sottratte alla certezza della dimensione empirica, così come accertata nel primo giudizio. Le sempre opinabili considerazioni sugli interessi tutelati dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sulle implicazioni penalistiche del fatto e su quant'altro concerne i diversi reati, oggetto dei successivi giudizi, non si confanno alla garanzia costituzionale e convenzionale del *ne bis in idem* e sono estranee al nostro ordinamento» (punto 7 del *Considerato in diritto*).

sviluppo dell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU» non viola né questa né la Costituzione³⁶⁶.

Decisamente interessante per le implicazioni sulla discrezionalità legislativa è la seconda parte della pronuncia, afferente al rapporto fra concorso formale di reati e operatività del divieto di *bis in idem*. Si tratta di una questione di grande importanza alla luce delle conseguenze che discendono sulla latitudine del potere di punire dall'accoglimento di una tesi in luogo di un'altra: sostenere la reciproca esclusione applicativa di *ne bis in idem* e concorso formale di reati significa infatti precludere l'operatività del divieto ascripto all'art. 649 cod. proc. pen. in ogni ipotesi in cui una sola azione od omissione viola più disposizioni di legge o commette più violazioni della stessa disposizione.

Qui la Corte costituzionale accerta con estrema facilità l'esistenza di un diritto vivente, in quanto la «regola» che esclude l'applicazione del divieto di *bis in idem* in caso di reato già giudicato commesso in concorso formale con quello oggetto della nuova azione penale si è affermata con costanza nella giurisprudenza di legittimità per più di ottant'anni, ossia dall'entrata in vigore dell'art. 90 del codice di procedura penale del 1930³⁶⁷.

Anche su questo fronte la Corte ritaglia uno spazio argomentativo importante alla discrezionalità legislativa, in particolare sull'istituto del concorso formale di reati³⁶⁸, che si esclude violi di per sé il *ne bis in idem* perché questo «*si sviluppa invece con absolutezza in una dimensione esclusivamente processuale*, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo»³⁶⁹. Qui l'intreccio fra processuale e sostanziale emerge come elemento decisivo per la declaratoria d'incostituzionalità parziale della norma: il diritto vivente per la Corte «ha saldato il profilo sostanziale implicato dal concorso formale dei reati con quello processuale recato dal divieto di *bis in idem*, esonerando il giudice dall'indagare sull'identità empirica del

³⁶⁶ Ciò in consonanza con le tendenze giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di diritto vivente evidenziate dagli studi sul tema: di fatti, per la Corte l'interpretazione della legge prospettata dal giudice rimettente risulta di norma «vincolante *ogni qualvolta coincide con l'orientamento giurisprudenziale dominante*»: in definitiva, in queste ipotesi è la stessa Corte costituzionale a riconoscere «che la propria libertà interpretativa *deve ritrarsi*» (A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, 445, 491).

³⁶⁷ Infatti, sembra nel quadro del funzionamento della dottrina del diritto vivente, se l'interpretazione prospettata dal giudice rimettente è «*isolata rispetto all'orientamento applicativo dominante*, essa è destinata a soccombere» (A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, cit., 445).

³⁶⁸ Discrezionalità che si traduce in una pluralità di opzioni di politica criminale in cui può ad esempio rientrare la scelta di ascrivere a una sola azione od omissione la violazione di più disposizioni penali dall'autonomo disvalore. E in termini più espliciti osserva che l'istituto del concorso formale di reati rientrano scelte soggette al sindacato della Corte solo in caso di manifesta irragionevolezza, arbitrio o sproporzione (punto 10 del *Considerato in diritto*).

³⁶⁹ *Ibidem* (il corsivo è nostro).

fatto»³⁷⁰. Da qui l'evidente contrasto di questo diritto vivente con la CEDU³⁷¹. Preciso quindi che il fatto è il medesimo – a differenza della ricostruzione del giudice rimettente – solo in caso di coincidenza fra condotta, nesso causale ed evento naturalistico, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. «nella parte in cui esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale». È un passaggio netto al criterio dell'*idem factum*, autorevolmente definito «un ritorno all'approccio liberale»³⁷².

Si tratta della pronuncia più rilevante della Corte costituzionale sul tema prima di un secondo momento topico nella giurisprudenza della Corte EDU dopo *Grande Stevens*, destinato a infittire il quadro del funzionamento della garanzia al livello europeo e con esso gli spazi di discrezionalità legislativa al livello nazionale: *A e B*

³⁷⁰ *Ibidem*. Sottolinea F. CAPRIOLI, *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, maggio 2010, 1183, che l'operare del *ne bis in idem* processuale ogni qual volta si sia di fronte a una possibile violazione del *ne bis in idem* sostanziale assurgerebbe in realtà a regola generale, e che il rapporto fra le due dorsali del divieto non si configura però in termini di corrispondenza biunivoca. Infatti, «le istanze garantistiche che ispirano il divieto di secondo giudizio non coincidono con la sola necessità di evitare che sia condannato due volte un soggetto che la legge penale consente di punire una volta sola», perché il divieto di *bis in idem* estenderebbe il suo campo applicativo «a tutte le ipotesi di concorso apparente di norme, esista o meno un rischio di *bis in idem* sostanziale». È in ogni caso interessante, nella prospettiva della nostra analisi, questa reciproca interferenza fra la dimensione sostanziale e quella processuale del funzionamento del divieto, sintomatica dell'insufficienza di un'indagine sulla discrezionalità legislativa che non prenda in considerazione le strutture normative che sorreggono il potere di punire in una prospettiva sistematica. Il che non significa dover indagare anche la discrezionalità legislativa nel diritto processuale penale, ma tener conto di come una garanzia quale il divieto di *bis in idem*, in grado di incidere sul piano sostanziale, non possa esser compresa senza tener conto della sua morfologia processuale; a maggior ragione nel momento in cui la si consideri in una prospettiva di *dover essere* costituzionale, in grado dunque di assurgere a parametro del legittimo esercizio del potere legislativo.

³⁷¹ Punto 11 del *Considerato in diritto*. Sebbene sia stato argomentato come in realtà il tentativo compiuto dalla Corte costituzionale di elaborare il parametro di giudizio nel caso in questione attraverso l'estrazione di una sorta di «nucleo» del *ne bis in idem* CEDU altro non sarebbe che «una finzione retorica», perché la Corte «a proprio modo, estrapola dalla giurisprudenza CEDU la porzione di significato che ritiene utile alla decisione». Si è quindi tratta la conclusione «che la Corte prenda semplicemente spunto dalla giurisprudenza CEDU per elaborare una propria visione del *ne bis in idem*, utilizzando il principio europeo come scudo retorico per smantellare l'interpretazione della Cassazione». In questi termini A. LONGO, *Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell'argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2016, 8 ss. In un'altra prospettiva si è criticato la sentenza perché sebbene fosse condivisibile far ricorso alla dottrina del diritto vivente per quanto concerneva la legge ordinaria, oggetto del giudizio, altrettanto non avrebbe potuto dirsi per la CEDU, perché il diritto vivente sulla stessa innestatosi presso la Corte europea avrebbe significato «di fatto consegnare all'organo, da cui deriva il diritto vivente, un inedito potere di riforma della fonte sovraordinata, ad abbattere in sostanza la frontiera che separa la legislazione dalla giurisprudenza» (così, P. FERRUA, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit. Il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 1, 2017, 86 ss.). Ci sembra tuttavia che la prima ricostruzione riportata valga a mitigare ampiamente la portata della critica in questione.

³⁷² D. PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 1, 2017, 72.

c. *Norvegia*³⁷³.

In questa importantissima sentenza, autentico «spartiacque»³⁷⁴ della giurisprudenza CEDU sul *ne bis in idem*, la Corte europea si discosta assai significativamente dagli apprendimenti consolidatisi in *Grande Stevens*. La premessa è che, una volta ritenuto applicabile il divieto perché si sono individuati più procedimenti penali a carico della stessa persona, «there is an evident need for calibrated approach in regard to the manner in which the principle is applied to proceedings combining administrative and criminal penalties»³⁷⁵. Da qui, la Corte EDU ricostruisce la propria giurisprudenza antecedente e successiva a *Sergey Zolotukhin c. Russia* – caso che rappresentava il punto di consolidamento di un rigoroso, finanche rigido approccio interpretativo al divieto – una giurisprudenza che, come dicevamo, era invero assai oscillante, tanto che la Corte vi individua almeno quattro differenti prese di posizione in caso di duplicazione di procedimenti³⁷⁶, fra i quali spicca nella motivazione quello per cui sarebbe possibile l’intercorrere di «parallel sets of proceedings», a patto che essi rispondano a un criterio elaborato a partire da *Nilsson c. Svezia* del 2005³⁷⁷, «a sufficiently close connection... in substance and time». Secondo la Corte EDU, questa linea giurisprudenziale, partita con le sentenze *R.T. c. Svizzera*³⁷⁸ e *Nilsson* e proseguita più di recente, fra le altre, con *Nykänen c. Finlandia*³⁷⁹,

provides useful guidance for situating the fair balance to be struck between duly safeguarding the interests of the individual protected by the *ne bis in idem* principle, on the one hand, and accommodating the particular interest of the community in being able to take a calibrated regulatory approach in the area concerned, on the other³⁸⁰.

La Corte osserva dunque che la connessione deve sussistere sia sotto il profilo sostanziale che temporale³⁸¹, ed elenca una serie di condizioni che devono essere soddisfatte affinché la connessione in questione possa ritenersi sussistente e dunque il *ne bis in idem* inviolato³⁸²: i) i procedimenti devono perseguire scopi complementari sia sul piano astratto che concreto; ii) la dualità dei procedimenti dev’essere una prevedibile conseguenza, «both in law and in practice» della stessa condotta contestata (*idem*); iii) i procedimenti devono essere condotti in modo da evitare il più possibile duplicazioni nella raccolta e valutazione delle prove, in particolar modo tramite un’adeguata collaborazione fra le autorità competenti, al fine di garantire che l’accertamento dei fatti in un procedimento si replichi

³⁷³ Corte EDU, Grande Camera, *A e B c. Norvegia*, 15 novembre 2016.

³⁷⁴ L. TRUCCO, *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti e ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 1, 2017, 176.

³⁷⁵ § 107.

³⁷⁶ § 112 e ss.

³⁷⁷ Corte EDU, Seconda Sezione, *Nilsson c. Svezia*, 13 dicembre 2005.

³⁷⁸ Corte EDU, Seconda Sezione, *R.T. c. Svizzera*, 30 maggio 2000.

³⁷⁹ Corte EDU, Quarta Sezione, *Nykänen c. Finlandia*, 20 maggio 2014.

³⁸⁰ § 124 (i corsivi sono nostri).

³⁸¹ § 125.

³⁸² § 132.

nell'altro; iv) soprattutto («above all») conclude la Corte, che sia presa in considerazione la pena inflitta nel primo procedimento per evitare che l'individuo interessato sia costretto a tollerare un onere eccessivo³⁸³. Nell'argomentare della Corte seguono poi altre precisazioni, ma il risultato è chiaro: un netto riassetto nell'interpretazione convenzionale del *ne bis in idem*.

Talmente netto da prestare il fianco a un'imponente e assai critica *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, in cui si parla di 'capovolgimento' della logica del divieto, con una sentenza che apre le porte «to an unprecedented, Leviathan-like punitive policy based on multiple State-pursued proceedings, strategically connected and put in place in order to achieve the maximum possible repressive effect»³⁸⁴. *Dissenting opinion* che si chiude con l'osservazione per cui l'unica vera condizione fra quelle enunciate da una maggioranza della Corte EDU espressamente definita come orientata da «efficiency interest approach» è un *simulacro di proporzionalità* («a simulacrum of proportionality») limitato alla vaga indicazione di tener conto delle sanzioni amministrative precedentemente comminate³⁸⁵.

Se *A e B c. Norvegia* abbia spalancato o meno le porte ad un'«unprecedented, Leviathan-like punitive policy» non è un interrogativo sul quale è possibile soffermarsi compiutamente in queste pagine³⁸⁶. Nella prospettiva di quest'analisi, rileva però l'indicazione che questa sentenza sancisce il consolidamento di una giurisprudenza convenzionale che, se con *Grande Stevens* sembrava ancora in grado di determinare sul piano del diritto nazionale una precisa, rigida rimodulazione della discrezionalità legislativa, ora sembra invece aprire scenari in cui la latitudine valutativa nello strutturare i sistemi punitivi è assai meno imbrigliata. A questa sentenza, che assurge in un senso o nell'altro a spartiacque, anche rispetto alle giurisprudenze nazionali e a quella della stessa Corte di giustizia sul tema³⁸⁷, sono seguite varie pronunce della Corte costituzionale.

³⁸³ Bisogna garantire, con le parole della Corte, che «the overall quantum of any penalties imposed is proportionate».

³⁸⁴ § 79.

³⁸⁵ § 80.

³⁸⁶ Può essere comunque interessante osservare che sempre nell'opinione dissenziente di Pinto de Albuquerque si afferma che allo stesso modo in cui la sentenza *Jussila* avrebbe limitato l'impatto di *Öztürk* – impedendo, attraverso l'argomento per cui i piccoli illeciti amministrativi sono al di fuori dell'«hard core criminal» che ad essi si applicassero le garanzie dell'art. 6 – così *A e B c. Norvegia* avrebbe limitato l'impatto di *Sergey Zolotukhin c. Russia* (§ 79). Acuta, in letteratura, l'osservazione di A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, 533 per cui la sentenza *A e B c. Norvegia* sarebbe «figlia del consueto approccio antiformalistico, ma, questa volta, in funzione restrittiva del diritto fondamentale». Altri hanno invece parlato di «ritirata tattica» della Corte EDU dinanzi alle pressioni politiche e alla difficoltà di affermare la propria giurisprudenza presso le corti nazionali (N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022, 1688 ss.). Fra i critici di questo approdo si veda pure G. GAETA, *Dove non arriva il principio: il ne bis in idem tra sanzioni tributarie e politica giudiziaria delle Corti superiori*, in *Arch. pen.*, 1, 2018, 4 ss., il quale alla luce della rimodulazione interpretativa del divieto di *ne bis in idem* sostiene che la Corte EDU avrebbe sostanzialmente inaugurato «una stagione di minor tutela nei confronti del cittadino».

³⁸⁷ Proprio sul piano del diritto dell'Unione europea assai significative sono tre pronunce della

Grande Sezione del 20 marzo 2018, innestatesi su rinvii pregiudiziali di giudici italiani (in particolare il Tribunale di Bergamo e la Corte di cassazione): *Menci*, C-524/15, *Di Puma-Zecca*, C-596/16 e C-597/16 e *Garlsson Real Estate SA*, C-537/16. Nella prima pronuncia, si riscontra una netta distinzione fra l'idea di 'limitazione' del diritto al *ne bis in idem* per come garantito dalla CDFUE e quella di 'violazione' dello stesso: richiamando il caso *Spasic* (C-129/14, § 55 e 56) la Corte di giustizia osserva che l'applicazione della garanzia può essere legittimamente limitata alla luce dell'art. 52, par. 1, CDFUE alla luce di finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o dalla necessità di tutelare altri diritti e libertà, purché ovviamente si rispetti il contenuto essenziale del diritto limitato e sempre nel rispetto del principio di proporzionalità (§ 41). Per la Corte il contenuto essenziale è in questo caso rispettato, la repressione dei reati in tema di IVA giustifica la limitazione in termini finalistici e la normativa nazionale risulta perfettamente rispondente al requisito della proporzionalità, sempre «con riserva di verifica da parte del giudice del rinvio». È interessante osservare come verso la fine della motivazione di *Menci* la Corte di giustizia citi anche *A e B c. Norvegia* (§61): il fatto che la Corte EDU abbia giudicato che un cumulo di procedimenti e sanzioni di tipo tributario e penale in funzione di repressione di una stessa violazione della legge tributaria non lede il *ne bis in idem* convenzionale quando fra i procedimenti sussista la «sufficiently close connection in substance and time», porta la Corte di giustizia a concludere che allora che le disposizioni che delineano la morfologia del *ne bis in idem* nel diritto dell'Unione europea – si potrebbe aggiungere, per come da essa interpretate – «assicurano un livello di tutela del principio del *ne bis in idem* che non incide su quello garantito all'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo» (§ 62). La seconda e la terza pronuncia vertono riguardano invece ancora una volta gli abusi di mercato. In *Di Puma-Zecca*, il rilievo per cui i fatti illeciti – violazione delle norme sull'abuso d'informazioni privilegiate – non risultavano provati alla luce del fatto che entrambe le persone interessate erano state assolte in sede penale, porta la Corte di giustizia a osservare che in una situazione del genere la prosecuzione di un procedimento volto a irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale «eccederebbe manifestamente quanto necessario» per proteggere l'integrità dei mercati finanziari e la fiducia del pubblico negli strumenti finanziari (§ 44): da qui la constatazione che l'art. 50 CDFUE osta alla prosecuzione di un procedimento inteso a irrogare una sanzione amministrativa di natura penale. In *Garlsson Real Estate SA*, infine, la Corte di giustizia si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale promosso dallo stesso giudice che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 102 del 2016: si rileva un'ulteriore ipotesi di operatività del *ne bis in idem* sancito dalla Carta di Nizza, il quale osta alla celebrazione di un procedimento relativo alla possibile irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale «osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva» (§ 63). E un'altra indicazione di grande interesse, con cui la Corte fa luce sulla seconda questione posta dal giudice nazionale, è l'affermazione che il *ne bis in idem* europeo sancito dalla Carta di Nizza «conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile» nel quadro di una controversia come quella che si era configurata nel procedimento principale – e dunque una condanna definitiva seguita dall'instaurazione di un ulteriore procedimento nei termini di cui si è detto. Apprendimento che la Corte osserva comunque essere già stato riconosciuto nel § 45 di *Åkerberg Fransson* – dove invero si riprende il discorso sul potere di 'disapplicare all'occorrenza' qualsiasi disposizione della legislazione nazionale contrastante. Di queste pronunce della Corte di giustizia si è detto che, pur avendo recepito i criteri *Engel* già nel caso *Spector Photo Group NV*, dopo *A e B c. Norvegia* essa «sembrerebbe voler ora maggiormente rimarcare i rispettivi ambiti di competenza, con l'elaborazione di una giurisprudenza autonoma», alla luce della quale ha valutato la compatibilità dei procedimenti misti con l'art. 50 CDFUE e affermando in *Menci* che l'art. 50 in combinato con l'art. 52, par. 1, CDFUE mantiene un livello di tutela che non vulnera il principio per come affermato nell'art. 4, Prot. n. 4 CEDU (così, F. BAIO, *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE*

Nel 2018³⁸⁸, chiamata a pronunciarsi sulla stessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, fosse già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi CEDU³⁸⁹ la Corte osserva come in effetti prima di *A e B c. Norvegia*, tempo in cui il giudice *a quo* l'aveva sollevata, la questione doveva considerarsi ancora rilevante³⁹⁰. Tuttavia, proseguono i giudici di Palazzo della Consulta prendendo atto dell'ultimo *leading case* convenzionale, l'assetto antecedente ad *A e B c. Norvegia* aveva con la sua «rigidità» finito per generare «gravi difficoltà» agli Stati che avevano ratificato il Protocollo n. 7, «perché la discrezionalità del legislatore nazionale di punire lo stesso fatto a duplice titolo, pur non negata dalla Corte di Strasburgo, finiva per essere frustrata di fatto dal divieto di *bis in idem*»³⁹¹. Da qui la giustificazione del ricorso al criterio della «sufficiently close connection in substance and time», sulla quale però la relativa valutazione «non può che passare da un giudizio casistico, affidato

e Corte costituzionale, in DPCE, 4, 2019, 1237; abbastanza prossima sembrerebbe pure la posizione di A. ORIOLO, *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. Di Stasi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 2019, 368). In un'altra prospettiva, F. CONSULICH, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 7, 2018, 955 ha invece registrato un avvicinamento della Corte EDU alla Corte di giustizia e alla sua «vocazione efficientista» piuttosto che il contrario («riallineamento» fra art. 50 CDFUE e garanzia CEDU rilevato anche da M. SCOLETTA, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino, 2022, 327, pur sottolineando la 'provvidenzialità' di *A e B c. Norvegia* per la garanzia del diritto dell'Unione). E ancora, si è detto che nelle tre pronunce riportate «il diritto di *ne bis in idem* assume sembianze alquanto sfumate» a causa della vaghezza dei criteri che ne consentono una limitazione (S. STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2018, 755). Più in generale, negli studi sul *ne bis in idem* post *A e B c. Norvegia* è stato osservato come la principale differenza fra gli approcci di Corte EDU e Corte di giustizia risieda nel fatto che la prima, in caso di *sufficiently close connection in substance and time between the different proceedings*, non considera esserci una duplicazione di procedimenti ai fini del divieto di *bis in idem*, mentre per la seconda c'è effettivamente una duplicazione, che risulta però una legittima limitazione del *ne bis in idem* alla luce dell'art. 52 CDFUE, ma che in ogni caso un'assoluta proibizione dei sistemi sanzionatori multipli sarebbe per ambo le corti «not plausible» (J.I. ESCOBAR VEAS, *Ne bis in idem and Multiple Sanctioning Systems. A Case Law Study of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU*, Cham, 2023, 149). In ogni caso, anche solo il quadro che emerge da questo trittico di pronunce, confrontato con le risultanze di *A e B c. Norvegia*, porta a interrogarsi sulla ricerca di equilibrio nell'interpretazione e applicazione delle disposizioni che a più livelli riconoscono la garanzia del *ne bis in idem*: le ricadute di una situazione tanto complessa nel diritto nazionale, sulla latitudine della discrezionalità legislativa da un lato e sugli stessi diritti fondamentali dall'altro, dovrebbero a questo punto risultare chiare.

³⁸⁸ Sentenza n. 43 del 2018 (rel. Lattanzi).

³⁸⁹ Questione già dichiarata inammissibile per motivazione perplessa sulla non manifesta infondatezza con la già richiamata sentenza n. 102 del 2016.

³⁹⁰ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

³⁹¹ Punto 6 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

all'autorità che procede»³⁹². Un mutamento del genere della normativa interposta fa sì che la Corte opti per la restituzione degli atti al giudice *a quo*³⁹³. Curioso comunque notare come la motivazione si chiuda con un invito al legislatore, nel solco della sentenza del 2016, a prevedere soluzioni rispetto alle «frizioni» che il sistema del 'doppio binario' genera fra ordinamento nazionale e CEDU nei casi in cui «l'adeguato legame temporale e materiale» venga meno «a causa di un ostacolo normativo o del modo in cui si sono svolte le vicende procedurali»³⁹⁴.

Nello stesso anno³⁹⁵, la Corte è stata ancora chiamata a giudicare una questione in tema di *ne bis in idem* alla luce dell'art. 55, comma 2, TUF, che conferiva alla CONSOB un potere di sospensione cautelare dall'attività di promotore finanziario. Tuttavia, l'individuazione di un diritto vivente – ascritto in questo caso all'opera di Corte di cassazione e Consiglio di Stato – che legge simili poteri della CONSOB come di vigilanza attiva e non come sanzioni porta al venir meno del presupposto

³⁹² Punto 7 del *Considerato in diritto*. La Corte costituzionale riassume la sua lettura della svolta nella giurisprudenza CEDU in questi termini: «In sintesi può dirsi che si è passati dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata» (*ibidem*). In sede di commento alla sentenza, si è osservato come il criterio della '*close connection*' sia affetto da «un'estrema, e sostanzialmente inemendabile, imprecisione», criticandola a maggior ragione per il fatto di vertere in materia di diritti fondamentali (A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2018, 238). Secondo altri il criterio andrebbe annoverato fra le «formule assai suggestive, ma vuote di reale contenuto tecnico» che dal 'dialogo fra le corti' «sta contaminando le strutture logico formali degli ordinamenti continentali» (F. CONSULICH, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2019, 473).

³⁹³ Secondo R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della CEDU da parte della Corte EDU e restituzione degli atti al giudice "a quo" in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018, 873, la restituzione potrebbe essere letta o nel senso che l'interpretazione del *ne bis in idem* della Grande Camera avrebbe «carattere vincolante» per il giudice comune o nel senso che il nuovo assetto interpretativo abbracciato dalla Corte EDU implicherebbe una valutazione rimessa al giudice «nella valutazione del caso concreto e non invece, come pure sarebbe stato possibile, dalla stessa Corte costituzionale, che avrebbe così potuto ad esempio concludere con una pronuncia di infondatezza». Assai critica la posizione di A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Riv. OIDU*, 2019, 96, per il quale *A e B c. Norvegia* non si inserirebbe in un indirizzo giurisprudenziale consolidato e dunque la Corte costituzionale, in linea con la sentenza n. 49 del 2015, avrebbe potuto evitare di attribuire «troppa importanza» alla pronuncia della Grande Camera, «riconoscendo anche la possibilità al giudice comune di non tenerne conto». Osserva E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 17, 2018, 22 come *A e B c. Norvegia* abbia segnato uno spartiacque nella giurisprudenza costituzionale, nella quale prima la Corte cercava singole pronunce della Corte EDU volte a evidenziare l'assenza di un assetto interpretativo consolidato a Strasburgo, mentre dopo è giunta a riconoscere che proprio con *A e B c. Norvegia* ci sarebbe stato un assestamento intorno al requisito della *close connection*.

³⁹⁴ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

³⁹⁵ Sentenza n. 240 del 2018 (rel. Cartabia).

interpretativo della questione, che viene così rigettata³⁹⁶.

Nel 2019 la Corte si trova poi a decidere, chiamata in causa dallo stesso giudice del caso *Menci*, l'ennesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen., strutturata ancora nel solco di quella dichiarata inammissibile nel 2016 e conclusasi con la restituzione degli atti nel 2018: la carenza di motivazione dell'ordinanza di rimessione conduce tuttavia all'inammissibilità³⁹⁷.

Più rilevante la successiva sentenza n. 145 del 2020 (rel. Amoroso) che verteva invece sulla sanzione pecuniaria contemplata in caso di omesso versamento dell'assegno disposto nella pronuncia di separazione coniugale in favore della figlia minore (art. 709-ter, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ.)³⁹⁸. La Corte costituzionale registra, con *A e B c. Norvegia*, «una significativa evoluzione della portata del divieto convenzionale di bis in idem». Di più: per i giudici di Palazzo della Consulta la Corte EDU si sarebbe così avvicinata «armonicamente» agli apprendimenti giurisprudenziali della Corte di giustizia con riferimento al già richiamato caso *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*³⁹⁹.

Ma uno dei risultati di *A e B c. Norvegia* rilevati dalla Corte è quello per cui il divieto di *bis in idem* avrebbe acquisito «una forte connotazione sostanziale pur non perdendo quella processuale, posto che presuppone l'esistenza di un duplice

³⁹⁶ Si può segnalare in margine il fatto che sul caso in questione era stato sollevato anche un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, in ogni caso di scarso interesse ai nostri fini, a valle del quale la Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 14, par. 3, direttiva 2003/6/CE e l'art. 30, par. 1, lett. b, regolamento (UE) n. 596/2014 in tema di abusi di mercato, letti alla luce degli artt. 47 e 48 CDFUE, devono essere interpretate nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare una persona fisica che, nell'ambito di un'indagine svolta nei suoi confronti alla luce della direttiva o del regolamento citati, rifiuti di fornire all'autorità competente risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere penale o la sua responsabilità penale (Corte di giustizia, Grande Sezione, *Mastromartino c. CONSOB*, C-53/18).

³⁹⁷ Sentenza n. 222 del 2019 (rel. Viganò). M. SCOLETTA, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019, 2654, ha osservato che le eccezioni poste dal giudice *a quo* «restituiscono plasticamente la diffusa delusione per la parabola discendente del *ne bis in idem* nella giurisprudenza europea». Merita di esser riportato come l'Autore esprima un giudizio abbastanza diffuso fra i critici della sentenza della Grande Camera in *A e B c. Norvegia* – a partire dalla *dissenting opinion* di Paulo Pinto de Albuquerque – secondo cui la criteriologia ivi affermata, assieme alle successive prese di posizione della Corte di giustizia, avrebbe sostanzialmente «svuotato» la dimensione processuale del *ne bis in idem*, trasformandolo in un «mero duplicato del principio di proporzione della sanzione punitiva» (*ibidem*).

³⁹⁸ Oltre che sulla violazione del *ne bis in idem* convenzionale, l'ordinanza di rimessione conteneva anche una censura d'indeterminatezza innestata sul parametro dell'art. 25, secondo comma, Cost. – perché la sanzione veniva ritenuta dal giudice sostanzialmente penale e dunque giustamente ricondotta a questa disposizione – censura rispetto alla quale la Corte costituzionale svolge riflessioni di un certo interesse su cui avremo modo di tornare.

³⁹⁹ Punto 5.1 del *Considerato in diritto*. È abbastanza curioso osservare come in questo passaggio la Corte costituzionale assuma un giudizio completamente opposto a quello espresso dal giudice Pinto de Albuquerque nella già citata *dissenting opinion* in *A e B c. Norvegia*, la quale si chiudeva proprio con l'osservazione per cui «The combination of criminal penalties and administrative penalties with a criminal nature was specifically rejected by the Court in *Grande Stevens and Others*, as well as by the Luxembourg Court in *Åkerberg Fransson*», mentre con la svolta del 2016 «The progressive and mutual collaboration between the two European courts will evidently once again be deeply disturbed, Strasbourg going the wrong way and Luxembourg going the right way» (§ 80).

procedimento»⁴⁰⁰. Interessante inoltre osservare come la pronuncia in questione si soffermi anche su altri aspetti del divieto: dal ribadire un «saldo fondamento nella Costituzione» al suo versante sostanziale che «si salda, seppur a livello di normazione primaria», con il canone di specialità espresso per i reati dall'art. 15 cod. pen. e per il rapporto fra sanzioni amministrative e penali dall'art. 9 legge n. 681 del 1989 atto a evitare doppie incriminazioni. A valle di queste osservazioni la Corte conclude dunque in maniera significativa che «costituisce principio cardine del nostro sistema quello per il quale un doppio binario sanzionatorio rappresenta non già una regola, bensì un'eccezione, che però deve trovare giustificazione in esigenze di complementarità del trattamento punitivo complessivo»⁴⁰¹. La pronuncia si conclude comunque con un rigetto, alla luce della paventata possibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione che eviti la duplicazione dell'*idem factum* in assenza della connessione richiesta dalla Corte EDU⁴⁰².

In ogni caso, la pronuncia più significativa della Corte costituzionale sul tema sembrerebbe essere proprio l'ultima in ordine cronologico, che porta a una declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 4, Protocollo n. 7 alla CEDU: la sentenza n. 149 del 2022 (rel. Viganò) in tema di protezione del diritto d'autore.

Il Tribunale di Verona dubitava in particolare della legittimità della disposizione nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità del divieto di *bis in idem* nel caso in cui all'imputato, rispetto agli stessi fatti, fosse già stata irrogata in via definitiva, «nell'ambito di un procedimento amministrativo non legato a quello penale da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto, una sanzione avente carattere sostanzialmente penale» ai sensi della CEDU.

Fra le varie eccezioni dell'avvocatura generale dello stato ne spiccano in particolare due, su cui la Corte ha fornito interessanti argomenti intorno alla *ratio* e alle possibilità applicative della garanzia.

⁴⁰⁰ Punto 5.2 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰¹ *Ibidem*.

⁴⁰² Secondo la Corte, la disposizione censurata va interpretata nel senso che «il mancato pagamento dell'assegno di mantenimento della prole, nella misura in cui è già sanzionato penalmente, non è compreso nel novero delle condotte inadempienti per le quali può essere irrogata dall'autorità giudiziaria adita la sanzione pecuniaria "amministrativa" in esame» (punto 7 del *Considerato in diritto*). La potenziale tensione con la legalità costituzionale sembrerebbe essere scaricata sul momento interpretativo e applicativo demandato ai giudici comuni (questa pare ad esempio la lettura data da G. SPANGHER, *Un'interpretazione costituzionalmente orientata della duplice sanzionabilità dei colpevoli comportamenti del genitore affidatario nei confronti della prole*, in *Giur. cost.*, 2020, 1692). Secondo E. MALFATTI, *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in *Oss. cost.*, 6, 2020, 239, la Corte avrebbe potuto facilmente criticare l'erroneità del presupposto interpretativo del giudice rimettente, e che l'aver invece optato per un'interpretativa di rigetto è funzionale a «consentire alla Corte di avvalorare tuttavia un'immagine meno severa di se stessa», il che renderebbe più probabile che i giudici non si sentano scoraggiati nel prospettare delle questioni di legittimità costituzionale, finendo così per favorire «un ruolo attivo alla Corte medesima», specie nelle questioni in cui il parametro costituzionale interseca il diritto dell'Unione europea e la CEDU, le quali si innestano in ambiti nei quali «la Corte non intende arretrare (più)». Il che peraltro può essere ricondotto alle tendenze evidenziate in apertura di questo studio circa i tentativi della Corte costituzionale di riacquisire centralità nel *judge-made system*, superando una complicata situazione di isolamento.

Più nello specifico, con una prima eccezione l'avvocatura mirava a far valere un'asserita insufficiente motivazione sulla rilevanza della questione, derivante dal non aver il giudice rimettente motivato né sulla responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli né sull'ipotetica sproporzione del trattamento sanzionatorio che sarebbe derivata in caso di condanna. La Corte ha ritenuto l'eccezione infondata perché il divieto di *bis in idem* CEDU mirerebbe infatti anzitutto «a tutelare la persona contro le sofferenze e i costi di un nuovo procedimento per i medesimi fatti già oggetto di altro procedimento definitivamente concluso», e dunque a rendere applicabile la garanzia è sufficiente la mera pendenza di un secondo procedimento per gli stessi fatti una volta divenuta definitiva la sanzione irrogata nel primo⁴⁰³. Sembrerebbe che il passo in questione miri in qualche misura a mettere in discussione – per quanto possibile alla luce della giurisprudenza europea – l'idea di una sovrapposizione *tout court* fra *ratio* del *ne bis in idem* e proporzione sanzionatoria. Chiaramente, il ricorso al giudizio delineato in *A e B c. Norvegia* non consente di dire che nei fatti, al di là dell'individuazione della *ratio*, il divieto si sganci completamente dalla questione della proporzionalità delle pene⁴⁰⁴. Con una seconda eccezione, l'avvocatura sosteneva invece che il giudice a quo avrebbe potuto abbracciare la soluzione affermata nella giurisprudenza di legittimità in materia di abusi di mercato – e già da tempo prospettata nella penalistica – «disapplicando totalmente o parzialmente le norme che definiscono il trattamento sanzionatorio per il delitto che viene in considerazione nel giudizio a quo, ove ciò sia necessario per ricondurre a proporzionalità il complessivo trattamento sanzionatorio irrogabile all'imputato», ovvero sia ricorrendo a una diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE⁴⁰⁵. L'eccezione non viene però accolta alla luce della recente giurisprudenza sulla doppia pregiudiziale costituzionale ed europea:

Secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le

⁴⁰³ Punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁰⁴ Osserva comunque M. SCOLETTA, *Riaccentramento del sindacato di legittimità ed effettività dei diritti fondamentali europei: l'esempio della garanzia del ne bis in idem*, in *Oss. cost.*, 1, 2023, 351 ss. che la dimensione processuale del *ne bis in idem* europeo finirebbe per coincidere con l'idea di evitare l'immagine carneluttiana del «processo come pena», traducendosi dunque nell'obbligazione in capo agli Stati nei confronti degli individui di «concentrare le pretese punitive derivanti da uno stesso fatto all'interno di un unico procedimento». In questa prospettiva, l'Autore trova che la *ratio* individuata dalla Corte rispetto alla garanzia sia, rispetto alle esigenze di proporzione sanzionatoria, «del tutto autonoma».

⁴⁰⁵ Punto 2.2 del *Considerato in diritto*. Nella giurisprudenza di legittimità varie pronunce avevano in effetti abbracciato questa tesi: fra quelle richiamate dalla Corte vi sono sia casi di applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE in procedimenti di opposizione alle sanzioni amministrative comminate dalla CONSOB per fatti su cui si era già pronunciata la giurisdizione penale (si veda, fra le altre, Cass. civ., Sez. II, n. 33426 del 2019) e in procedimenti penali successivi all'irrogazione di sanzioni CONSOB divenute ormai definitive (fra le altre, Cass. pen., Sez. V, n. 39999 del 2019). Quanto alla tesi dell'applicabilità diretta dell'art. 50 CDFUE, d'obbligo il rinvio a F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e a. c. Italia, ric. n. 18640/10 e a.*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014, 232 ss.

questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti erga omnes, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost... E ciò in un'ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali che... vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze⁴⁰⁶.

A questo passaggio decisamente assertivo⁴⁰⁷ – già di per sé sufficiente a non accogliere l'eccezione – segue il rilievo per cui avendo comunque il giudice individuato la norma interposta nel *ne bis in idem* sancito dalla CEDU, e non in quello delineato dalla CDFUE, la Corte «non può sottrarsi al proprio compito di scrutinare nel merito la questione»⁴⁰⁸.

Nel merito, i giudici di Palazzo della Consulta 'precisano' preliminarmente «i confini del petitum» interpretando il dispositivo dell'ordinanza di rimessione alla luce della sua motivazione⁴⁰⁹, limitando così la questione di legittimità costituzionale all'ipotesi in cui l'imputato di uno dei delitti *ex art. 171-ter* legge n. 633 del 1941 («Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio») sia già stato sottoposto in via definitiva a sanzione amministrativa per il medesimo fatto ai sensi dell'art. 174-*bis* della stessa legge.

È interessante osservare come, una volta ricostruiti i presupposti operativi del *ne bis in idem* CEDU e i criteri emersi in *A e B c. Norvegia*⁴¹⁰, la Corte precisi di dover

⁴⁰⁶ Punto 2.2.2. del *Considerato in diritto*.

⁴⁰⁷ In letteratura è stato ritenuto invero troppo, assertivo, anche – anzi proprio – alla luce degli apprendimenti giurisprudenziali degli ultimi anni sulla doppia pregiudiziale costituzionale ed europea. Si è anzitutto osservato che nel passo richiamato la Corte «capovolge» l'ordine di priorità nell'argomentare, perché avrebbe dovuto anzitutto osservare che la questione era stata posta rispetto alla CEDU anziché rispetto alla CDFUE – rilievo che arriverà solo *ex post* – e che si parla impropriamente di 'disapplicazione' anziché di 'non applicazione', il che evidentemente confligge con l'impostazione abbracciata dalla Corte dalla sentenza n. 170 del 1984 in poi. Per altro verso, proprio sulla questione della non alternatività nelle possibilità operative del giudice comune fra questione di legittimità costituzionale e rinvio pregiudiziale, si è osservato come nei precedenti richiamati dalla Corte sul tema fosse chiaro che ove all'invocazione del parametro costituzionale si fosse accompagnata la prospettazione di un obbligo posto dal diritto dell'Unione direttamente applicabile, al giudice comune non sarebbe rimasta altra scelta che non applicare la normativa nazionale con esso confliggente: si è quindi concluso che questa pronuncia avrebbe superato la differenza fra quest'ipotesi e quelle in cui la non alternatività fra i rimedi è stata ritenuta pacifica, generando così un momento d'incoerenza interna in queste linee giurisprudenziali. In questi termini, C. PINELLI, *Ma cosa ha detto "un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale"? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. cost.*, 2022, 1574 ss.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Punto 4 del *Considerato in diritto*. Il che non è un'ipotesi così rara nella giurisprudenza costituzionale. La Corte richiama infatti come precedente la sentenza n. 33 del 2019, ma lo stesso è avvenuto ad esempio anche nel ben più noto caso Antoniani-Cappato.

⁴¹⁰ Punti 5.1.2 e 5.1.3 del *Considerato in diritto*.

vagliare la censura del giudice rimettente alla luce di questi ultimi, specificando di doverli però declinare alla luce della «logica peculiare» del giudizio costituzionale, «il cui compito non è quello di verificare la sussistenza di violazioni del diritto fondamentale in esame nel singolo caso concreto, bensì quello di stabilire se il meccanismo normativo disegnato dal legislatore sia tale da determinare violazioni di tale diritto fondamentale in un numero indeterminato di casi»⁴¹¹. In ogni caso, la verifica che il doppio meccanismo sanzionatorio previsto dalla legislazione in tema di diritto d'autore risponda agli indici elaborati dalla Corte EDU ha esito negativo: i giudici di Palazzo della Consulta non rinvennero nei due procedimenti che possono aprirsi nei confronti della stessa persona scopi complementari, non ritengono che essi riguardino aspetti diversi dell'illecito, né individuano un meccanismo volto a evitare duplicazioni nella raccolta e nella valutazione delle prove, ad assicurare una ragionevole coordinazione temporale fra i procedimenti⁴¹² o che sia in grado di dar rilievo alla sanzione già irrogata ai fini della commisurazione della pena. «I due procedimenti», conclude quindi la Corte, «originano dalla medesima condotta, ma seguono poi percorsi autonomi, che non si intersecano né si coordinano reciprocamente in alcun modo, creando così inevitabilmente le condizioni per il verificarsi di violazioni sistemiche del diritto al ne bis in idem»⁴¹³. La conseguenza di questo esito è la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 649 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-ter legge n. 633 del 1941 che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-bis della medesima legge⁴¹⁴.

⁴¹¹ Punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Alla luce della già ampiamente ripercorsa giurisprudenza costituzionale in materia penale, ad esempio in tema di proporzione sanzionatoria, la linearità di quest'asserzione con il suo scindere nettamente astratto e concreto sembrerebbe più apparente che reale. La Corte infatti non soltanto è chiamata a decidere sulla legittimità di una norma che si innesta su un giudizio relativo a un caso concreto, ma in diversi casi – lo si è visto – il giudizio costituzionale è andato in una certa direzione piuttosto che in un'altra o ha subito autentiche torsioni proprio alla luce della specificità del caso concreto. Il che, se certamente non ridimensiona la verità sottesa al passaggio riportato, in qualche modo ci induce però a dubitare – alla luce dell'esperienza di questi anni – dell'opportunità di un ricorso a tanta nettezza.

⁴¹² Passaggio criticato perché seppure si tratti di un criterio connotato da un elevato tasso d'indeterminatezza nella giurisprudenza convenzionale, la Corte costituzionale non avrebbe tenuto conto che esso viene comunque ancorato a un giudizio sul lasso di tempo che nel caso specifico è effettivamente trascorso (così L. BIN, *Ne bis in idem europeo vs. controllo di razionalità interno di un doppio binario sanzionatorio*, in *Giur. cost.*, 2022, 1601).

⁴¹³ Punto 5.2.3 del *Considerato in diritto*.

⁴¹⁴ Osserva A. PROCACCINO, *Illegittimità dell'art. 649 c.p.p. e doppio binario punitivo per il diritto d'autore. La spinta gentile e i caveat*, in *Giur. cost.*, 2022, 1598 ss. che la «chiamata in causa» dell'art. 649 cod. proc. pen. avrebbe ridato smalto alla dimensione processuale del divieto di *ne bis in idem*, e che la Corte avrebbe con la pronuncia in questione operato una sorta di «nudging» nei confronti dei giudici comuni mostrandosi sensibile alla dimensione processuale della garanzia. Diversa la lettura della sentenza di J. DELLA VALENTINA, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte Cost., sent. n. 149/2022*, in *Sist. pen.*, 24 novembre 2022, 21 che vi rinviene «una pur embrionale valenza di 'politica giurisdizionale'» perché la Corte, alla luce degli

La motivazione si chiude in realtà con due elementi interessanti.

Il primo è l'ennesimo invito rivolto al legislatore a «rimodulare la disciplina in esame in modo da assicurare un adeguato coordinamento tra le sue previsioni procedurali e sanzionatorie, nel quadro di un'auspicabile rimeditazione complessiva dei vigenti sistemi di doppio binario sanzionatorio alla luce dei principi enunciati dalla Corte EDU, dalla Corte di giustizia e da questa stessa Corte». Invito motivato dal fatto che il «rimedio» individuato dalla Corte costituzionale non soltanto «non è idoneo a evitare tutte le possibili violazioni del diritto al *ne bis in idem* fisiologicamente create dalla legge n. 633 del 1941», ma non è neppure in grado di «conferire razionalità complessiva al sistema, che consente comunque l'apertura di due procedimenti e il loro svolgimento parallelo» con le relative ricadute sui diritti della persona ad essi sottoposta⁴¹⁵. Un simile invito – o, se si preferisce, monito – potrebbe essere letto in vari modi, ma fra le varie cose sembrerebbe suggerire *l'insufficienza della protezione dei diritti fondamentali che si limiti all'attività di interpretazione e applicazione del diritto oltre che al giudizio costituzionale, senza un appropriato esercizio della discrezionalità legislativa*. Si tratta di un elemento emerso più volte nel corso di questo studio, ogni qual volta la Corte costituzionale ha giudicato da sé insufficiente il proprio intervento, pure senza sottrarsi nella maggior parte dei casi dal porlo comunque in essere come *rimedio temporaneo* – e, allo stato attuale delle cose, migliore di *nessun rimedio* – o, peggio, di soluzioni a macchia di leopardo nella giurisprudenza. D'altro canto, questi inviti al legislatore marcano anche una radicale messa in discussione di un altro concetto al centro di un riassetto: il giudicato costituzionale.

Il secondo elemento di interesse è il fatto che la Corte parli di «diritto» al *ne bis in idem*⁴¹⁶. Fatto che, volendo, potrebbe anche essere letto come sintomatico di una

itinerari giurisprudenziali del *ne bis in idem*, avrebbe riaffermato la sua funzione di giudice dei diritti facendo valere indirettamente nei confronti della Corte di giustizia la propria «giurisdizione» in tema di tutela dei diritti fondamentali enfatizzando un'«autonomia concettuale del *ne bis in idem*», seppure per lo più formale alla luce dell'applicazione del giudizio delineato in *A e B c. Norvegia*.

⁴¹⁵ Punto 7 del *Considerato in diritto*. Ritiene che dinanzi all'inerzia legislativa la soluzione abbracciata dalla Corte costituzionale sia da condividere I. GIACONA, *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sist. pen.*, 9, 2023, 18, perché eviterebbe così che i giudici comuni, ricorrendo al principio di proporzionalità, comminino una pena inferiore al minimo edittale «con decisioni mutevoli da caso a caso». Osserva invece G. ANGIOLINI, *Ne bis in idem: una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. che invoca un intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022, 1333 che dopo la sentenza rimarrebbe «ancora troppo ampio lo spazio in cui il singolo giudice può esercitare la propria discrezionalità», sia nell'individuazione di ciò che è «materia penale» e dunque nella valutazione sulla sussistenza o meno del legame richiesto dalla Corte EDU, sia nella possibilità alternativa fra applicazione diretta dell'art. 50 CDFUE e questione di legittimità costituzionale, secondo l'Autrice possibile in varie ipotesi.

⁴¹⁶ Rileva S. SEMINARA, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. e proc.*, 11, 2022, 1393, come fra il far assurgere il *ne bis in idem* a diritto fondamentale e l'applicazione del giudizio tratteggiato in *A e B c. Norvegia* vi sia una certa contraddizione. In altra prospettiva e in senso decisamente più critico, qualcuno ha rinvenuto nella sentenza n. 149 del 2022 l'ulteriore sintomo di una corte che sposta l'asse del proprio ruolo da «giudice delle leggi» a «giudice dei diritti», in cui essa rimarrebbe peraltro confinata «in una logica e in un campo normativo molto ristretto, a discapito della logica sistematico-ordinamentale, vero faro dell'agire di una Corte costituzionale» (F. MEDICO, *Il giudice costituzionale dimezzato: l'insostenibilità di una terza via nel contesto CEDU*, in *Giur. cost.*, 2022, 1615). Riflessione che tuttavia a parere di chi scrive è condivisibile solo in parte: seppure

generale tendenza a definire le categorie giuridiche col ‘linguaggio dei diritti’. Tuttavia ciò che colpisce è che questa definizione, posta accanto alla giurisprudenza passata in rassegna, restituisce l’immagine di un «diritto» di cui si declama un fondamento costituzionale che però rimane vago abbastanza da impedire a un giudice comune di trarre dei parametri valutativi⁴¹⁷, e la cui morfologia sembra invece dipendere pressoché totalmente dall’introiezione costituzionale della CEDU e in parte della giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea. Queste ultime due sfere di legalità nelle quali il «diritto» in questione assume la sua morfologia nell’ordine giuridico nazionale, in realtà conoscono due differenti diritti al *ne bis in idem*: nonostante le convergenze e financo ammesse e non concesse delle ampie sovrapposizioni, sarebbe un’operazione obiettivamente azzardata l’individuazione di un’unica situazione giuridica soggettiva sostenuta da due – se non tre – distinte sfere di legalità; soprattutto considerato che la sua morfologia è

abbiamo posto il tentativo della Corte costituzionale di assurgere a ‘giudice dei diritti’ fra gli elementi caratterizzanti la sua giurisprudenza degli ultimi anni, il caso del *ne bis in idem* restituisce l’immagine di un giudice costituzionale che presta – al netto di qualche oscillazione – un’elevatissima attenzione nel cercare di mantenersi in una posizione di equilibrio al netto degli assestamenti giurisprudenziali della Corte EDU. E «l’ineffettività dichiarata di tale modello, che ha sempre bisogno del diritto politico per garantire una protezione piena e sostanziale dei diritti» (ivi, 1616) risulta un’affermazione eccessivamente assertiva rispetto alle modalità dell’invito posto dalla Corte al legislatore in questa pronuncia, dove si riconoscono senz’altro i limiti del rimedio approntato attraverso la sentenza di accoglimento, ma non si parla affatto di «ineffettività» e non ci sembra vi siano elementi decisivi per poterla in qualche modo desumere dalle risultanze del caso.

⁴¹⁷ In sede di commento alla sentenza n. 200 del 2016, che ha portato alla prima declaratoria d’illegittimità dell’art. 649 cod. proc. pen., si è infatti sottolineato come la Corte avesse posto in essere un’opera di «meta-interpretazione», avendo infatti interpretato la norma – e cioè il prodotto dell’interpretazione di una disposizione – della Corte EDU, facendo notare come in realtà i giudici di Palazzo della Consulta non stessero operando nel solco delle sentenze gemelle del 2007 perché anziché raffrontare la norma CEDU ai principi costituzionali sarebbe stata posta in essere una «falsificazione mediante induzione»: la Corte costituzionale avrebbe dunque svolto «una sorta di attività *super-nomofilattica*» nella definizione della portata del principio CEDU, senza tuttavia lavorare – ed a nostro avviso è esattamente questo il punto – «con materiale costituzionale» (A. LONGO, *Contra factum non valet argumentum*, cit., 9 ss.). A distanza di qualche anno dalla sentenza n. 200 del 2016, alla luce della più compiuta sedimentazione giurisprudenziale fra corti europee e giurisprudenza nazionale – non solo costituzionale – si è detto che l’odierna declinazione del *ne bis in idem* sarebbe in effetti esclusivamente il frutto delle giurisprudenze europee (P. GAETA, *Divieto di bis in idem ed evoluzione della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione*, in M. Catenacci, V.N. D’Ascola e R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, Roma, 2021, 239). E non manca neppure in letteratura chi ha sostenuto che il *ne bis in idem* oltre a non avere fondamento nel diritto internazionale consuetudinario e nei principi europei di carattere transnazionale non avrebbe «portata autonoma» nella Costituzione repubblicana (P. SALVEMINI, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di Corte cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Riv. AIC*, 4, 2017, 20). Osservazione che a differenza della precedente appare troppo assertiva, apparendo al contrario plausibile che la Costituzione offra potenzialità interpretative tra le quali può senz’altro ritagliarsi una ricostruzione autonoma del divieto di esercitare il potere di punire una persona per lo stesso fatto, anche a partire, sul piano sostanziale, dalla disposizione intorno alla quale si erige la legalità penale, ossia quella contenuta nell’art. 25, secondo comma, Cost., e su quello processuale, muovendo dalle disposizioni sul diritto di difesa e sul giusto processo; il tutto tenendo presente l’acquisizione per cui ogni interpretazione costituzionale è per definizione «interpretazione sistematica necessaria» (F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, 8, 2019, 63).

pressoché rimessa al momento interpretativo, il quale è demandato all'azione di organi diversi, che nel corso degli anni sono in più momenti giunti a conclusioni diverse. In una prospettiva garantista verso la persona, dovrebbero avere un qualche rilievo anche basilari esigenze di certezza alla luce delle quali si rende possibile orientare il proprio stare nel mondo attraverso «libere scelte d'azione»⁴¹⁸. Anche considerato il fatto che da un lato il processo, come insegnava magistralmente Francesco Carnelutti, è esso stesso pena⁴¹⁹, e che dall'altro la tendenza a rimettere alla proporzionalità ogni questione relativa ai diritti fondamentali non è detto sia la strada migliore per implementarli⁴²⁰. Si avverte ancora, evidentemente, la necessità – e la difficoltà – di individuare per quest'antica, fondamentale garanzia di fronte al potere di punire un «centro di gravità permanente»⁴²¹.

In ogni caso, alla luce di questa rassegna può dirsi che la linea giurisprudenziale in tema di *ne bis in idem* è fra le più interlocutorie. Rappresenta infatti senza dubbio un sintomo ulteriore di ridefinizione della discrezionalità legislativa in materia penale, non foss'altro che prima di *Grande Stevens e altri c. Italia* il problema non si poneva certo in questi termini⁴²². E tuttavia, questa giurisprudenza è come detto interlocutoria, perché nel seguire gli itinerari tracciati e percorsi dalla Corte EDU implica una rimodulazione della discrezionalità legislativa molto forte nel verso dell'individuazione del tipo di *idem* – se si opta per l'*idem factum*, ogni prospettazione che faccia leva sull'*idem legale* sarebbe illegittima, come nella sentenza n. 200 del 2016 – ma allo stesso tempo vaghissimo sul piano della stessa operatività del divieto già al livello del tessuto legislativo. Fra l'altro la centralità garantista del criterio dell'*idem factum*, unico a parere della sentenza del 2016 in

⁴¹⁸ Sentenza n. 364 del 1988, punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁴¹⁹ F. CARNELUTTI, *La lotta del diritto contro il male*, in *Foro it.*, IV, 1944-1946, 4, in un passo limpidissimo: «Più al fondo, non si può punire senza giudicare, nè, viceversa, giudicare senza punire; questa irresolubile identità del giudizio con la pena è il segreto, anzi il dramma del diritto penale. La punizione, purtroppo, non comincia con la condanna; ma è cominciata ben prima di questa con il dibattimento, con l'istruzione, con gli atti preliminari, anzi col primo sospetto, che colpisce l'imputato; tanto il giudizio penale è punizione che spesso perfino l'imputato vi si assoggetta in vinculis come se già fosse stato condannato; il dramma è che egli è punito per sapere se debba essere punito. Nè, dall'altro capo, il giudizio con la condanna è terminato, ma deve e più dovrà protrarsi, man mano che il diritto penale riuscirà a superare la fase presente, che è precivile, se non proprio incivile; dovrà, dico, protrarsi fino all'ultimo istante dell'espiazione». Una sottolineatura della lezione carneluttiana del processo come pena nel discorso nelle riflessioni attorno alla questione del *ne bis in idem* si ritrova anche nel già ricordato scritto di M. SCOLETTA, *Riaccentramento del sindacato di legittimità*, cit., 351 ss.

⁴²⁰ Si rivedano, in questo senso, le riflessioni critiche di Paulo Pinto de Albuquerque nella sua *dissenting opinion* in margine ad *A e B c. Norvegia*.

⁴²¹ R.A. RUGGIERO, *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 10, 2017, 3809 ss. La necessità di individuare un simile equilibrio espressa dall'autrice qualche anno fa, ci appare per certi versi, alla luce degli sviluppi nel frattempo intercorsi, ancora attuale.

⁴²² Dopo *Grande Stevens*, G.M. FLICK e V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in *Riv. AIC*, 3, 2014, 12 si chiedevano se non fossero «ormai maturi i tempo per la costruzione di una “teoria generale dell'illecito”, comunque sanzionato». Non è certo questa la sede per dar conto della vasta letteratura che depone in senso contrario, affermando le ragioni della specificità di ciascun tipo di illecito.

grado di soddisfare la legalità costituzionale, viene completamente persa con l'asestamento interpretativo che si ha con *A e B c. Norvegia*, perché l'asse della valutazione sulle possibilità applicative del divieto si sposta su criteri traducibili nella proporzione sanzionatoria⁴²³.

Quel che è certo è che, se la proporzione sanzionatoria rileva in termini di *dover essere* costituzionale anche sul piano dei meccanismi punitivi penali e amministrativi presi nel loro complesso rispetto agli stessi fatti illeciti⁴²⁴, nel loro co-esistere – e dunque al di là del loro essere singolarmente considerati – si ha un ulteriore sintomo di ridefinizione della discrezionalità legislativa. Ridefinizione nel verso suggerito dai criteri elaborati dalla Corte EDU⁴²⁵ e introiettati dalla giurisprudenza costituzionale in tema di *ne bis in idem*.

Il tutto in uno scenario a cui fa da sfondo la situazione decisamente paradossale di una discrezionalità legislativa che rimane molto ampia nello strutturare gli apparati sanzionatori e alla quale si accompagna una latitudine valutativa molto ampia in capo ai giudici nella perimetrazione dei confini del campo applicativo del *ne bis in idem*: dal che derivano da un lato delle problematiche nella tutela dei diritti fondamentali, giocoforza incisi dal malfunzionamento di apparati punitivi spesso incoerenti ma fortemente repressivi, e dall'altro la riduzione della certezza del diritto – che si lega comunque all'esercizio delle libertà – in forza di un'operatività della garanzia che poggia su criteri assai vaghi su cui dovrebbero basarsi le

⁴²³ La «deriva» della garanzia verso l'idea della proporzione sanzionatoria era stata rilevata già da un po' in letteratura (C. SILVA, *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 1, 2019, 1 ss.). Non è del resto un caso che di recente si sia cercato di recuperare la dimensione garantista del divieto di *bis in idem* sul versante processuale proprio partendo da una prospettiva proporzionalistica, come nello studio di R.A. RUGGIERO, *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, Torino, 2022. Nell'ottica di un differente piano d'analisi, secondo L. BIN, *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2020, 109 ss. al *ne bis in idem* andrebbe ascritto il carattere di «regola contenutisticamente neutra», che nella specifica declinazione di cui all'art. 649 cod. proc. pen. sarebbe comparabile soltanto con il divieto per come tratteggiato dalla Corte EDU in *Sergey Zolotukhin*, in quanto la sua successiva evoluzione sarebbe connotata da elementi quali la proporzione sanzionatoria e il rapporto fra procedimenti «che le sono del tutto estranei». Va detto che l'autore citato nega il carattere di principio al divieto, definendolo una regola «che vieta di duplicare azioni aventi un medesimo oggetto», i quali – azioni e oggetto – «dipendono dal principio di volta in volta tradotto in questo tipo di regola». Il *ne bis in idem* si avvicinerebbe secondo questa prospettiva al rasoio di Ockham – secondo un'intuizione già presente in D. PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, cit., 76 – e assurgerebbe dunque a regola «assiologicamente neutra», la cui dimensione valoriale muta a seconda del «principio al servizio del quale essa di volta in volta si presta per trasformarlo in regola».

⁴²⁴ Sebbene ad esempio ad avviso di M. SCOLETTA, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2022, par. 5, con la sentenza del 2022 la Corte costituzionale avrebbe tentato di «correggere» pur in via indiretta l'orientamento giurisprudenziale che appiattisce il divieto di *bis in idem* sulla proporzionalità.

⁴²⁵ Sebbene sia interessante osservare come in realtà anche dopo *A e B c. Norvegia* la stessa giurisprudenza convenzionale non sia stata esente da momenti di 'oscillazione', come sembrerebbe dimostrare l'analisi di A. MATTARELLA, *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 12, 2017, 4582.

valutazioni del giudice del caso concreto⁴²⁶.

Ciò che al fondo dell'analisi della giurisprudenza sull'estensione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative punitive e di quella sul *ne bis in idem* emerge è il rapporto fra ciò che è penale e ciò che non lo è, rapporto completamente stravolto se guardiamo ad esso attraverso le categorie consolidate nel secolo scorso⁴²⁷. Un rapporto fra penale e non penale che nelle giurisprudenze di Roma, Strasburgo e Lussemburgo si traduce di «un relativismo insuperato»⁴²⁸: il diritto punitivo viene così a impennarsi intorno a «una *proporzione non fondante, ma limitante* al fine di *razionalizzare la moltiplicazione dei binari sanzionatori*»⁴²⁹; una proporzione che però è al fondo, congenitamente «vuota di contenuti»⁴³⁰. Il che ci riporta in qualche modo al principio di questa parte della nostra analisi, alle linee giurisprudenziali sulla proporzionalità delle sanzioni, che possono ora guardarsi nella prospettiva più consapevole e al contempo più disillusa di una giurisprudenza che sì, appresta una forma di tutela rispetto a determinati diritti fondamentali, ma lo fa attraverso uno strumento che, se pure non è escluso possa empiricamente funzionare persino nel lungo andare, presenta una scientificità quantomeno dubbia. E ciò al netto del fatto che probabilmente allo stato attuale delle cose si tratta del miglior strumento per individuare rimedi – parziali o temporanei, ma pure sempre rimedi – a strutture normative sanzionatorie spesso prive di una loro coerenza complessiva⁴³¹.

D'altro canto, tornando alla questione del perimetro della materia penale, si è pure rilevato come fra penale e amministrativo intercorra ormai una differenza «solo quantitativa, e non qualitativa», e che «si ammette sempre più l'esistenza di un

⁴²⁶ Un quadro rispetto al quale E. BINDI, *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Consulta OnLine – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 13 gennaio 2020, 26 osserva che «senza un intervento legislativo, troppi sono i problemi che rimangono irrisolti».

⁴²⁷ M. DONINI, *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in Id. e L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, 245 ha osservato come il merito della politica giudiziaria europea in tema di *ne bis in idem*, che «per lungo tempo non ha avuto una base teorica trasparente, prevedibile ed egualitaria», «se non in modo intuizionistico», sia stato in fondo l'averci costretti «a vedere l'enormità potenziale e reale dei numerosi binari sanzionatori esistenti. Essa ci impone in primo luogo di *ripensare civile, amministrativo e penale insieme*». Del resto già FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 339 individuava nel dibattito sulla questione del divieto di *bis in idem* un'«occasione di rilancio di una definizione a geometria variabile della materia penale».

⁴²⁸ M. DONINI, *Septies in idem*, cit., 241.

⁴²⁹ Ivi, 242.

⁴³⁰ «Non si pensi», ha ammonito ancora Massimo Donini, «che la *proporzione*, che è *vuota di contenuti* ed ha preteso di fondare per secoli la pena retributiva come raddoppio del male, a cominciare dalla pena di morte – che “è” la storia del diritto penale – ed ora si può e si vuole riconvertire in un parametro più “chiaro” (!) di delimitazione (“non sproporzione”), anziché di duplicazione del dolore, sia un *criterio scientifico* solo perché costituzionalmente ancorato a livello nazionale e internazionale» (ivi, 244).

⁴³¹ Lo stesso relatore della sentenza n. 149 del 2022 ha infatti ricordato come la priorità in termini di soluzioni spetterebbe al legislatore, al quale competerebbero pure le valutazioni circa l'eventuale conservazione di apparati sanzionatori sul modello del ‘doppio binario’, ma sempre in conformità ai crismi richiesti dalle giurisprudenze europee (F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto*, in *Riv. soc.*, 1, 2023, 206),

amministrativo “penale”, che esige le stesse (o quasi le stesse) garanzie del penale»: un punto che porta inevitabilmente a rimettere in gioco, a «rivedere anche la tematica della riserva di legge “tendenzialmente assoluta” nel diritto penale e “relativa” nel diritto amministrativo»⁴³². E la questione della riserva di legge porta come minimo con sé tutte le implicazioni del caso rispetto alle specifiche declinazioni della garanzia dei diritti fondamentali relativa alle specifiche riserve, alle garanzie democratiche sottese ai correlativi bilanciamenti e alla speculare questione della crisi del parlamentarismo e della rappresentanza politica. Sarebbe a questo punto pleonastico aggiungere come la discrezionalità legislativa nel diritto penale e, se si vuole, nel più ampio diritto punitivo, sia legata a doppio filo alle conseguenze ascritte dalla Corte costituzionale a un simile ripensamento.

8. Le norme che incidono sulla natura della pena e il divieto di retroattività.

La sentenza n. 32 del 2020 (rel. Viganò) ha portato con sé un assestamento giurisprudenziale molto significativo in tema di estensibilità delle garanzie penalistiche – qui, in particolare di quelle ascritte all’art. 25, secondo comma, Cost. in termini di divieto di retroattività – a norme proprie dell’esecuzione penale.

Di fronte ai giudici di Palazzo della Consulta erano giunte ben undici ordinanze di rimessione di questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 6, lett. b, legge n. 3 del 2019 in relazione a vari parametri, fra cui gli artt. 3, 24, secondo comma, 27, terzo comma nonché gli artt. 25, secondo comma e 117, primo comma rispetto all’art. 7 CEDU. La disposizione in questione estendeva com’è noto il catalogo dei reati cosiddetti ostativi di cui all’art. 4-bis, comma 1, ord. penit., includendovi anche alcune fattispecie classificate come reati contro la pubblica amministrazione⁴³³; tuttavia, nella legge nulla si diceva circa il trattamento in termini di applicabilità – o meno – in via retroattiva. Si poneva dunque il problema dell’applicabilità delle preclusioni che discendono dall’inclusione di certi reati nell’elenco di cui all’art. 4-bis, comma 1, ord. penit. nei confronti di persone condannate per tali reati prima dell’entrata in vigore della legge. Sul punto, nel diritto vivente era comunque venuta maturando una lettura per cui avrebbe trovato applicazione il principio *tempus regit actum*, con l’ovvia conseguenza della retroattività della nuova disciplina.

Dal canto suo, la Corte costituzionale accoglie la questione posta rispetto all’art. 25, secondo comma, Cost., con una pronuncia che si pone in controcorrente rispetto a un diritto vivente che, come detto, aveva sistematicamente escluso che le norme afferenti all’esecuzione della pena potessero rispondere alla garanzia del divieto di retroattività penale. Un diritto vivente di cui si sottolinea il contrasto con i principi costituzionali, anche con un assai ampio e significativo passaggio argomentativo sulla giurisprudenza della Corte europea sull’art. 7 CEDU, giurisprudenza mutata anch’essa nel tempo nel senso che tale garanzia vale anche in fase di esecuzione

⁴³² Così, ancora M. DONINI, *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria*, cit., 70.

⁴³³ Osserva T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.* 3, 2018, 9 che i delitti di corruzione sarebbero stati così immessi «nelle fornaci del diritto penale del nemico».

penale⁴³⁴. La Corte ripercorre le *rationes* alla base del divieto di retroattività, individuate nella «ragionevole prevedibilità delle conseguenze» e nel concetto stesso di «stato di diritto»⁴³⁵; interrogandosi in che misura simili *rationes* siano estensibili a «norme che, lasciando inalterati tipologia e quantum delle pene previste per il reato, ne modifichino tuttavia le modalità esecutive» il Giudice delle Leggi prende atto di una serie di problemi che deriverebbero dall'indiscriminata applicazione del divieto, configurandolo quindi come «un'eccezione» che trova applicazione nel caso in cui la norma sopravvenuta «non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato»⁴³⁶.

La Corte tenta di spiegare ulteriormente quest'affermazione con ampi passaggi argomentativi in cui insiste su questo concetto di 'trasformazione', ponendo l'accento sul mutamento qualitativo prima ancora che quantitativo discendente dall'applicazione di certe discipline:

In tal caso, infatti, la successione normativa determina, a ogni effetto pratico, *l'applicazione di una pena che è sostanzialmente un aliud rispetto a quella stabilita al momento del fatto*: con conseguente piena operatività delle *rationes*, poc'anzi rammentate, che stanno alla base del divieto di applicazione retroattiva delle leggi che aggravano il trattamento sanzionatorio previsto per il reato. Ciò si verifica, *paradigmaticamente, allorché al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita "fuori" dal carcere, la quale – per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto – divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio nomen iuris, va eseguita di norma "dentro" il carcere*. Tra il "fuori" e il "dentro" la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un aliud rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa, al metro dell'art. 25, secondo comma, Cost.⁴³⁷

Statuito questo in termini generali, la Corte costituzionale procede poi a sondarne l'applicabilità al caso in esame, precisando che di per sé l'art. 25, secondo comma, Cost. non osta a un'applicazione retroattiva di modifiche che incidano su «meri benefici penitenziari»⁴³⁸, mentre vale il contrario in merito al regime di accesso alle misure alternative alla detenzione⁴³⁹, per la liberazione condizionale⁴⁴⁰ e, infine, «quanto all'effetto riflesso spiegato dalla disposizione censurata in relazione al

⁴³⁴ Viene richiamata come emblema del mutamento giurisprudenziale Corte EDU, Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada contro Spagna*, in particolare § 89.

⁴³⁵ Punto 4.3.1 del *Considerato in diritto*.

⁴³⁶ Punto 4.3.3 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro.

⁴³⁷ Punto 4.3.3 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri.

⁴³⁸ Punto 4.4.1 del *Considerato in diritto*, e la Corte richiama qui gli esempi dei permessi premio e del lavoro all'esterno, pur riconoscendo la loro incidenza «sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo».

⁴³⁹ E dunque in particolare per l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare nelle sue varie forme e la semilibertà (punto 4.4.2 del *Considerato in diritto*).

⁴⁴⁰ Punto 4.4.3 del *Considerato in diritto*.

divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), cod. proc. pen.»⁴⁴¹.

Sul piano argomentativo, la Corte costituzionale ha a questo punto gioco facile nel sottolineare che non v'è un nesso necessario fra collocazione topografica e statuto costituzionale di una disposizione, e che nella stessa giurisprudenza costituzionale vi sono plurimi precedenti di estensione delle garanzie penalistiche a norme non formalmente penali⁴⁴².

A essere infine oggetto della declaratoria d'illegittimità costituzionale è dunque la norma affermatasi nel diritto vivente, con assorbimento delle altre questioni, e la garanzia del divieto di retroattività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. «rompe gli argini dell'esecuzione penale»⁴⁴³, inscrivendosi «nel firmamento dei superiori referenti costituzionali» del relativo settore normativo, con quello che ovviamente ne consegue in termini di configurazione della discrezionalità legislativa.

La sentenza non è rimasta esente da critiche. Nella letteratura penalistica è ad esempio diffuso il giudizio negativo circa l'esclusione di permessi premio e del lavoro all'esterno dall'operare del divieto di retroattività⁴⁴⁴. Taluno ha inoltre sostenuto che la pronuncia darebbe «un'eccessiva importanza all'interpretazione vivente, per un verso, formalistica e livellante, per un altro, retrograda e impermeabile rispetto ai principi di garanzia di cui alla CEDU», osservando che siccome l'interpretazione conforme a Costituzione e l'interpretazione conforme alla CEDU erano possibili e dunque il diritto vivente non vincolante, allora sarebbe stato opportuno pronunciare una sentenza interpretativa di rigetto, perché l'accoglimento avrebbe invece restituito l'immagine di un giudizio costituzionale operato «come se» la legge n. 3 del 2019 avesse potuto avere un'applicazione retroattiva⁴⁴⁵. Un ulteriore snodo argomentativo criticato in letteratura ha poi riguardato il fatto che la Corte abbia legato la garanzia del divieto di retroattività *in peius* al carattere 'sostanziale' della disciplina, prospettandosi per converso la preferibilità di un diverso criterio, da sostituire allo schema dentro-fuori dal carcere, consistente nella possibilità di ricondurre o meno una simile disciplina nel concetto «*matière pénale*»⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ Punto 4.4.4 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴² Punto su cui è sin troppo semplice il richiamo della giurisprudenza – già analizzata – sul diritto amministrativo punitivo degli anni più recenti.

⁴⁴³ Secondo l'immagine di V. MANES e FR. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020, 1 ss.

⁴⁴⁴ In questo senso ad esempio A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività alle modifiche in peius in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione 'storica'*, in *Giur. cost.*, 2020, 272, V. MANES e FR. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale*, cit., 15 e FA. SIRACUSANO, *L'irretroattività irrompe nella fase dell'esecuzione penale: luci e ombre di una svolta epocale*, in *Giur. cost.*, 2020, 945 ss.

⁴⁴⁵ A. GARGANI, *L'estensione 'selettiva' del principio di irretroattività*, cit., 270 ss. L'Autore citato sembra sostenere la tesi riportata individuando il discrimine fra sentenza di accoglimento e interpretativa di rigetto nella mera «carica espressivo-simbolica» della prima (ivi, 271). Posizione che, tuttavia, sembra implicare un'eccessiva svalutazione dell'efficacia *erga omnes* di una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale e del congenito, differente impatto sull'ordinamento rispetto alle sentenze di rigetto.

⁴⁴⁶ Così, ancora, A. GARGANI, *op. ult. cit.*, 272.

Anche in questo caso emerge una grande incidenza dell'introiezione costituzionale della CEDU e della concezione della legalità penale spiccatamente sostanzialista che connota la relativa giurisprudenza⁴⁴⁷. Una giurisprudenza in cui la prospettiva rimediale ha un a posizione senz'altro centrale; una giurisprudenza a cui la stessa Corte costituzionale sembra cercare di avvicinarsi, quando – oltre agli ampi richiami – di fronte al *vulnus* riscontrato si interroga appunto circa «il rimedio appropriato»⁴⁴⁸. Un approccio che, portato avanti da una corte costituzionale, organo in grado con le proprie pronunce di incidere sul tessuto legislativo in misura a tratti imponderabile, implica a sua volta precise ripercussioni in termini di perimetrazione della discrezionalità legislativa e, di conseguenza, sul più profondo rapporto fra legge e Costituzione. Un'incidenza, quest'ultima, che è forse non molto evidente guardando alla singola pronuncia, ma che alla luce di una serie di importanti e strutturare linee giurisprudenziali si mostra ben visibile e interroga chi guarda al diritto costituzionale sulle conseguenze ultime di una giurisprudenza fortemente incentrata sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali, e in particolare proprio sulle conseguenze sui diritti stessi. Il fatto è che si tratta di una giurisprudenza che implica certamente un'alta capacità prescrittiva della parte del diritto costituzionale dedicata al riconoscimento e alla garanzia dei diritti fondamentali; ma se questa capacità è implementata essenzialmente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale allora può rimanere molto alta solo al prezzo di perdere in flessibilità, proprio per via dell'espansione della legalità costituzionale. Una flessibilità che, per converso, è coesistente alla discrezionalità legislativa, che in democrazia dovrebbe rappresentare uno dei principali strumenti in grado di individuare, in un momento storico dato e nel rispetto della Costituzione, l'equilibrio fra stabilità e mutamento anche sul piano della tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Aggiungendo poi un'ulteriore considerazione in merito all'esaltazione, diffusa in parte della letteratura, di questo approccio fortemente sostanzialista alla legalità, ci limitiamo a osservare che, seppure la riconduzione o meno di una misura al concetto – euro-convenzionale, si badi – di '*matière pénale*' possa apparire tendenzialmente più rigoroso dello sfuggente criterio della pena da scontare dentro o fuori dal penitenziario, essa non è tuttavia esente da slittamenti e incertezze sul piano dell'interpretazione e applicazione del diritto, come del resto i continui assestamenti giurisprudenziali di Corte costituzionale e Corte EDU, finalizzati a ritagliarsi un sempre maggior spazio nel *judge-made system*, dimostrano. Inoltre, incentrare il presupposto dell'operare del nucleo duro della legalità penale costituzionale intorno a un concetto proprio della legalità convenzionale rischia di condurre alla situazione per cui uno strumento atto a garantire un minimo di tutele – quale la CEDU è – finirebbe per fungere da punto di riferimento interpretativo per ricostruire le più pregnanti garanzie di un diritto costituzionale delle pene fortemente caratterizzato da una centralità del concetto di legge in senso stretto come quello italiano⁴⁴⁹;

⁴⁴⁷ Sostanzialismo accolto con favore da FA. SIRACUSANO, *L'irretroattività irrompe nella fase dell'esecuzione penale*, cit., 942.

⁴⁴⁸ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴⁹ Osserva I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost. sent. 5 aprile 2017 (dep. 11 maggio 2017)*,

situazione che implicherebbe una sovrapposizione fra gli strumenti di tutela che non è detto conduca necessariamente a esiti maggiormente garantisti.

Ad avviso di chi scrive, è proprio quando sono in gioco i diritti fondamentali, i quali come quest'aggettivazione suggerisce si pongono a fondamento del diritto costituzionale italiano e vivono legati in una dimensione congenitamente interrelazionale, che si fa più forte la necessità di approcci alla legalità consapevoli della dimensione sistematica di ogni intervento a loro tutela. Anche – e forse soprattutto – quando si tratta di approcci connotati da una prospettiva spiccatamente rimediale, focalizzata sulla specificità dei casi concreti. Il che, tuttavia, dischiude temi e problemi su torneremo più oltre.

9. Il caso Cappato-Antoniani. La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinanza n. 207 del 2018 e nella sentenza n. 242 del 2019.

È stato detto che «il “caso” è il punto di vista monografico di un problema costituzionale di interesse generale o politico», una vicenda che illumina la ponderazione dei principi costituzionali e le modalità attraverso cui il tessuto legislativo ordinario li inverte, «con lo sguardo sempre rivolto alla società di riferimento» e in cui Corte costituzionale è «parte» e «interprete (privilegiato)»⁴⁵⁰. Sebbene l'oggetto e il metodo di questo studio imporrebbero una certa qual prudenza nell'abbracciare una simile prospettiva – il rischio dietro l'angolo è in fondo quello di sovraccaricare di significato il singolo caso – ci appare d'altro canto empiricamente plausibile assumere come premessa il fatto che in ogni linea giurisprudenziale ci siano casi talmente significativi da avere un'effettiva capacità di riflettere, a mo' di prisma, tanto tendenze consolidate quanto momenti di più o meno netta rottura. Inoltre, nella giurisprudenza di un giudice costituzionale la dimensione ordinamentale interseca inevitabilmente quella casistica; un'intersezione che rappresenta il perfetto punto di caduta di un'analisi sulla positivizzazione dei valori costituzionali attraverso i principi e, a catena, sulla latitudine discrezionale entro la quale può legittimamente esprimersi il potere

n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4, 2017, 176 ss. che l'operazione di sussumere le garanzie penalistiche proprie della CEDU nel campo operativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. non soltanto «vanificherebbe» la riserva di legge posta nello stesso, ma condurrebbe a «un vero paradosso: l'art. 25, secondo comma, veicolerebbe nel nostro ordinamento violazioni di un istituto che esso stesso sancisce e protegge, cioè la riserva di legge penale, intesa come rinvio alla discrezionalità parlamentare della scelta, così come della esclusione, della sanzione penale per garantire la protezione di un bene giuridico», e che spostando l'asse dell'analisi sul piano delle fonti ciò condurrebbe a «rischi di un'inversione molto grave nel rapporto tra Costituzione e Convenzione europea, dal momento che l'art. 7 CEDU... avrebbe funto da strumento per individuare l'ambito di applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost.»; evenienza, quest'ultima, evitata dall'impostazione adottata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 109 del 2017 (rel. Zanon). Al di là della nettezza forse eccessiva con cui l'Autrice citata esclude la possibilità di introiezioni costituzionali della CEDU direttamente nel campo applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost., la riflessione evidenzia un rischio da non sottovalutare.

⁴⁵⁰ A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in Id. (a cura di), *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale (Università di Bologna – 12 ottobre 2018)*, 2018, consultabile in <http://www.forumcostituzionale.it>, 3.

legislativo⁴⁵¹. In tal senso, il caso *Antoniani-Cappato*, deciso dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242 del 2019⁴⁵², rientra senz'altro fra le vicende più significative della giurisprudenza in materia penale degli ultimi anni, restituendo un'importante istantanea dello stato attuale della giustizia costituzionale in tema di tutela dei diritti fondamentali. Si tratta di due decisioni che essendo il frutto di una lunga evoluzione costituzionale non nascono certo dal nulla, ma rappresentano al contempo *un'ulteriore, significativo sintomo della ridefinizione della discrezionalità legislativa in materia penale giustificata dalla necessità di tutela dei diritti fondamentali*. Due decisioni che si innestano su una questione sorta alla luce di fatti ben noti⁴⁵³.

La Corte d'assise dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen. («Istigazione o aiuto al suicidio»)⁴⁵⁴ sotto due distinti profili: da un lato asserendo il contrasto con gli artt. 2, 13, primo comma e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU) dell'incriminazione in sé e per sé delle condotte di aiuto al suicidio con cui l'agente non abbia contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima; dall'altro lato sotto il punto di vista del *quantum* della pena, per via dell'equiparazione con le condotte d'istigazione, nelle quali c'è invece un'effettiva incidenza sul percorso deliberativo dell'aspirante suicida, sostenendo in tal caso il contrasto della norma con gli artt. 3, 13, 25, secondo comma e 27, terzo comma, Cost.

La Corte incentra la decisione n. 207 del 2018 – prima pronuncia delle due sul caso in esame – sulla sola questione afferente alla scelta di criminalizzazione,

⁴⁵¹ Del resto, «se i momenti della fondazione e dell'opposizione» nella logica dei valori «possono ancora appartenere alla sfera della *considerazione astratta*, il momento decisivo della complementarità, ossia del bilanciamento e della ponderazione, non può non appartenere alla sfera della *risoluzione concreta*» (F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 100, i corsivi sono nostri).

⁴⁵² Entrambe con relatore Franco Modugno.

⁴⁵³ Un gravissimo incidente stradale avvenuto nell'estate del 2014 aveva causato a Fabiano Antoniani – conosciuto anche come DJ Fabo – una tetraplegia e una cecità bilaterale corticale, rendendolo non più autonomo, fra le altre cose, nella respirazione e nell'alimentazione, causandogli ricorrenti spasmi e contrazioni il cui dolore non poteva essere lenito se non attraverso la sedazione profonda. Nonostante avesse riportato gravissimi danni fisici, Antoniani continuava però a conservare le proprie facoltà intellettive. Dopo l'incidente, ripetuti e assai impegnativi tentativi di cura erano falliti, fino alla constatazione dell'irreversibilità della sua condizione. Quantunque avesse la possibilità di sottoporsi a sedazione profonda accompagnata dall'interruzione dei trattamenti di ventilazione e alimentazione artificiale, Antoniani decise infine di prendere contatti con una clinica di Zurigo per sottoporsi a suicidio assistito. Com'è noto, nel febbraio 2017 venne quindi accompagnato in Svizzera a bordo di un'automobile guidata dall'attivista radicale Marco Cappato: due giorni dopo il suo arrivo in clinica azionò con i denti un apposito stantuffo che permetteva l'iniezione del farmaco letale, ponendo così fine alla propria vita. Di ritorno da Zurigo, Cappato si autodenunciò e, a seguito di un'ordinanza d'imputazione coatta del Giudice per le indagini preliminari, venne tratto a giudizio dinanzi alla Corte d'assise di Milano per il reato di cui all'art. 580 cod. pen. sia per aver asseritamente rafforzato il proposito di suicidio di Antoniani, sia per averne agevolato l'esecuzione.

⁴⁵⁴ Articolo il cui primo comma recita: «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima».

evidentemente pregiudiziale, sul piano logico, rispetto a quella relativa al trattamento sanzionatorio.

Respinte con una certa agilità le eccezioni d'inammissibilità formulate dall'avvocatura generale dello stato per supposta irrilevanza⁴⁵⁵ e mancato esperimento di un tentativo d'interpretazione conforme a Costituzione⁴⁵⁶, nonché per l'asserita richiesta di una pronuncia manipolativa in materia riservata alla discrezionalità legislativa⁴⁵⁷, la Corte premette che la tesi del giudice *a quo* «nella sua assolutezza, non può essere condivisa»⁴⁵⁸.

La scelta legislativa di criminalizzare l'aiuto al suicidio viene infatti ritenuta di per sé non in contrasto con la Costituzione, in quanto «funzionale alla tutela del diritto alla vita», tutelando così «le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere». Rientra in definitiva nella discrezionalità legislativa criminalizzare condotte che favoriscano scelte suicide, «in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite». Di più: la Corte riconduce alla rimozione degli ostacoli al «pieno sviluppo della persona umana» di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. il compito di implementare «politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili condizioni di fragilità»⁴⁵⁹. Il che è sufficiente a scartare l'idea di un'inoffensività generale dell'aiuto al suicidio sostenuta «da un generico diritto all'autodeterminazione individuale»⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ Eccezione motivata dal fatto che il giudice *a quo* aveva escluso che il comportamento dell'imputato avesse effettivamente rafforzato il proposito di suicidio della vittima, e respinte sulla base dell'assunto per cui le questioni di legittimità costituzionale promosse riposavano proprio sulla premessa per cui l'agevolazione del suicidio viene punita anche al netto di un'incidenza della condotta sul percorso deliberativo del soggetto passivo. Del resto, la Corte osserva anche che una diversa lettura – in cui l'ipotesi di agevolazione sarebbe stata punita solo in caso di influenza sul percorso deliberativo – avrebbe violato la lettera della disposizione, traducendosi in una *interpretatio abrogans*, perché avrebbe svuotato di senso la previsione come fattispecie autonoma e alternativa (nella disposizione si legge: «ovvero») dell'ipotesi di aiuto al suicidio rispetto a quella d'istigazione (punto 2 del *Considerato in diritto*).

⁴⁵⁶ Eccezione respinta dalla Corte proprio alla luce dell'argomento riportato nella nota precedente, in quanto il tenore letterale della disposizione che impedisse l'interpretazione conforme implica evidentemente che la sola strada percorribile sia il giudizio di legittimità costituzionale. E ciò al netto del fatto che la lettura delle disposizioni data dal giudice *a quo* abbia o meno l'avallo di un 'diritto vivente' (*ibidem*).

⁴⁵⁷ Eccezione fondata dall'avvocatura generale dello stato sul rilievo della mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata rispetto alle questioni poste, e respinta dalla Corte sulla base dell'assunto per cui il giudice *a quo* avrebbe chiesto, quanto alla questione proposta in via principale, una pronuncia a carattere meramente ablativo (punto 3 del *Considerato in diritto*).

⁴⁵⁸ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵⁹ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶⁰ *Ibidem*. Una scelta legislativa ritenuta peraltro legittima anche alla luce della legalità CEDU, della quale vengono ritenuti non pertinenti i richiami giurisprudenziali della Corte d'assise all'art. 2 («Diritto alla vita») e all'art. 8 («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»). Sul primo versante, la Corte costituzionale evidenzia che, per la Corte EDU (Quarta Sezione, *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002), dal diritto alla vita non può derivare anche un autentico diritto a rinunciare a vivere e dunque a morire (punto 5 del *Considerato in diritto*). Quanto al secondo, la Corte ha gioco facile nel richiamare la possibilità di compressione dell'esercizio del diritto al rispetto della propria

Se questi argomenti valgono a escludere sul piano generale e astratto l'incompatibilità dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio con la Costituzione, le cose cambiano radicalmente nel momento in cui la generalità e l'astrattezza dell'opzione legislativa vengono chiamate a reggere alla prova del caso specifico e concreto:

Occorre, tuttavia, considerare specificamente situazioni come quella oggetto del giudizio a quo: *situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali. Il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli*⁴⁶¹.

È in relazione a casi del genere che, sottolinea la Corte, l'aiuto di terzi può rappresentare l'unica soluzione per evitare un mantenimento in vita artificiale non voluto e che la persona ha il diritto di rifiutare alla luce dell'art. 32, secondo comma, Cost., «nel pieno rispetto del proprio concetto di dignità della persona»⁴⁶².

È a questo punto che nell'incedere argomentativo irrompe la legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») la cui disciplina – rammenta la Corte – fa suoi, recependoli e sviluppandoli, gli apprendimenti giurisprudenziali relativi ai casi *Welby*⁴⁶³ ed *Englaro*⁴⁶⁴, nonché la ricostruzione ermeneutica di quello che viene definito il

vita privata ove la compressione sia necessaria «in una società democratica» per scopi fra cui «la protezione dei diritti e delle libertà altrui» di cui allo stesso art. 8, par. 2.

⁴⁶¹ Punto 8 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro.

⁴⁶² *Ibidem*. Si tratta di un altro passaggio rilevante, perché la Corte valorizza il richiamo al diritto fondamentale di cui all'art. 32, secondo comma, Cost., parametro che trascorre ambedue le decisioni risultando decisivo nella struttura del giudizio, non essendo evocato nel dispositivo dell'ordinanza di remissione.

⁴⁶³ Tribunale di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049. Nel caso di specie, si trattava di decidere circa le conseguenze giuridiche da ascrivere alla condotta del dottor Mario Riccio, il quale su richiesta di Piergiorgio Welby aveva proceduto prima alla sedazione del paziente e poi allo spegnimento del respiratore artificiale che lo teneva in vita. La richiesta di archiviazione avanzata dalla Procura non era stata infatti accolta dal Giudice per le indagini preliminari, che aveva disposto l'imputazione coatta in relazione all'ipotesi criminosa di cui all'art. 579 cod. pen. («Omicidio del consenziente»). Il Giudice dell'udienza preliminare sciolse infine il problema del rapporto fra questa previsione e il diritto fondamentale del rifiuto delle cure di Welby sul piano dell'antigiuridicità della condotta: se Welby aveva esercitato un diritto fondamentale, il medico aveva dunque adempiuto all'esercizio del proprio dovere, dal che non poteva che derivarne l'esclusione dell'illiceità ex art. 51 cod. pen.

⁴⁶⁴ Cass. civ., Sez. I, n. 21748 del 2007. Nel caso di Eluana Englaro, che a causa dello stato vegetativo in cui versava non era posta – a differenza di Piergiorgio Welby – nelle condizioni di esprimere ai medici la propria volontà, i requisiti che hanno consentito il legittimo esercizio del trattamento medico si sono tradotti nella volontà presunta della persona incapace come criterio orientativo della decisione del legale rappresentante circa la prestazione o meno del consenso alla prosecuzione di alimentazione e idratazione artificiale.

«valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico», il quale trova secondo la Corte una positivizzazione negli artt. 2, 13 e 32 Cost.⁴⁶⁵

Ciò che invece la Corte non ritiene essere consentito dalla legislazione vigente è la possibilità che, su richiesta del paziente che versi nelle condizioni di cui si è detto, il medico gli metta a disposizione trattamenti volti a provocarne la morte. «In tal modo», sottolinea la Corte, «si costringe il paziente a subire un processo più lento, in ipotesi *meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire* e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care»⁴⁶⁶. Ed è proprio in questi termini che il divieto assoluto, penalmente sanzionato di aiuto al suicidio comprime «la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze»; in breve, si impone alla persona «un'unica modalità per congedarsi dalla vita» senza che una simile compressione della libertà sia giustificata dalla tutela di un altro valore costituzionale, dal che la Corte ne trae la violazione del principio della dignità umana e del principio d'eguaglianza⁴⁶⁷.

Accertati i profili d'illegittimità costituzionale della disciplina censurata, si apre nella motivazione della decisione il problema del rimedio da adottare.

La Corte esclude infatti un annullamento parziale per via dei possibili vuoti di tutela rispetto alle persone che versino nelle condizioni indicate, fra le altre cose per via dell'assenza di un controllo *ex ante* sull'effettiva capacità di autodeterminarsi in questa scelta, nonché sul carattere libero e informato di quest'ultima e sull'irreversibilità della patologia. Si tratta di conseguenze delle quali il Giudice delle Leggi «non può non farsi carico»⁴⁶⁸.

Riconosciuto allora come una regolazione della materia investa profili variamente declinabili alla luce di scelte discrezionali⁴⁶⁹, una diversa prospettiva viene individuata dalla Corte in una riforma non dell'art. 580 cod. pen., ma della stessa legge n. 219 del 2017 attraverso l'introduzione di un'apposita disciplina. Soluzione, quest'ultima, che nell'ipotesi di individuazione di una procedura alla quale subordinare la non punibilità dovrebbe essere integrata con una disciplina appositamente dedicata a casi pregressi, come quello di Antoniani e Cappato.

E sempre nell'ottica di una riforma di questo tipo la Corte evidenzia pure la necessità di evitare il rischio di una rinuncia prematura alle cure palliative diverse dalla sedazione profonda⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Qui la Corte richiama le pronunce n. 438 del 2008 e n. 253 del 2009, nelle quali si afferma proprio il valore costituzionale di questo principio e la sua «funzione di sintesi» fra due diritti fondamentali: quello all'autodeterminazione e quello alla salute (si veda il punto 2 del *Considerato in diritto* della seconda pronuncia).

⁴⁶⁶ Punto 9 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁴⁶⁹ La Corte cita a mo' di esempio le modalità di verifica dei presupposti per richiedere legittimamente l'aiuto al suicidio, la relativa proceduralizzazione, l'ipotetica riserva esclusiva di questi trattamenti al servizio sanitario nazionale, oltre alla possibilità di un'obiezione di coscienza per il personale sanitario coinvolto (*ibidem*).

⁴⁷⁰ Percorso di cure palliative che la Corte definisce «un pre-requisito della scelta... di qualsiasi percorso alternativo» (*ibidem*).

Proprio i bilanciamenti sottesi a una simile, complessa riforma, non possono che essere demandati, «in linea di principio»⁴⁷¹, al legislatore: argomento storicamente prodromico, nella giurisprudenza costituzionale, a una declaratoria d'inammissibilità della questione per discrezionalità legislativa accompagnata da 'monito'; declaratoria che, com'è noto, in questo caso non è arrivata.

Osservando che questa soluzione avrebbe comunque lasciato in vigore per un tempo indeterminato la disposizione censurata e alla luce delle «peculiari caratteristiche» del caso e «la rilevanza dei valori da esso coinvolti», la Corte ricorre così a uno schema decisorio fino a quel momento inedito: «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» e «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale», la Corte rinvia la trattazione della questione al 24 settembre 2019, dando così al Parlamento un anno di tempo per porre rimedio alla riscontrata illegittimità costituzionale. Soluzione che viene motivata anche alla luce dell'argomento comparativo attraverso il richiamo a precedenti simili in Canada⁴⁷² e Regno Unito⁴⁷³.

La Corte si premura infine di osservare che durante la pendenza del termine, ferma restando la sospensione di quello *a quo*, negli altri giudizi i giudici saranno chiamati a valutare l'insorgere di analoghe questioni di legittimità costituzionale, evitando nel caso di dar seguito all'applicazione della disposizione censurata⁴⁷⁴.

Questo dunque il contenuto dell'ordinanza n. 207 del 2018, primo atto del caso *Antoniani-Cappato* a Palazzo della Consulta. La questione verrà infatti decisa, dopo un anno di inerzia legislativa, il 25 settembre 2019 con la sentenza n. 242, che si salda agli argomenti della prima decisione «in consecuzione logica»⁴⁷⁵.

Rammentando i quattro requisiti che delineano «una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa», la Corte ripercorre i vari snodi argomentativi della decisione precedente, dal rilievo del diritto fondamentale del rifiuto di cure di cui all'art. 32, secondo comma, Cost. all'importanza della legge n. 219 del 2017 e della legge n. 38 del 2010 («Disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore») osservando che la sedazione terminale,

⁴⁷¹ Punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷² Viene richiamata la sentenza della Supreme Court of Canada del 6 febbraio 2015, *Carter v. Canada*, 2015, 5, nella cui occasione i giudici canadesi avevano sospeso per dodici mesi l'efficacia della decisione con cui avevano dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che criminalizzava l'assistenza al suicidio di una persona adulta capace, affetta da patologia grave e incurabile dalla quale derivino sofferenze intollerabili e persistenti, la quale abbia prestato il suo consenso a porre fine alla propria vita. Sospensione funzionale proprio a consentire al legislativo di regolamentare la materia nel suo complesso ed evitando così il formarsi di un 'vuoto' a causa degli effetti della decisione.

⁴⁷³ Qui si richiama invece la sentenza della Supreme Court del Regno Unito del 25 giugno 2014, *Nicklinson and another*, 2014, 38, in cui la maggioranza del collegio ritenne inappropriato intervenire dichiarando la disposizione censurata incompatibile con l'art. 8 CEDU senza consentire al legislativo di intervenire.

⁴⁷⁴ Punto 11 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷⁵ Punto 2 del *Considerato in diritto*. Continuità marcata sin dai primi righi del *Considerato in diritto*, in cui, in totale continuità con l'ordinanza precedente, la Corte ribadisce il «rapporto di subordinazione implicita» fra le due questioni sollevate dalla Corte d'assise di Milano (punto 2.1), al quale non potrà che seguire, a seguito dell'accoglimento della prima, l'assorbimento della seconda, relativa alla ragionevolezza della pena.

causando «l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà» sino al momento della morte, può risultare per alcune persone una soluzione inaccettabile. Il divieto assoluto di aiuto al suicidio limita dunque in maniera irragionevole e ingiustificata, secondo la Corte, «la libertà di autodeterminazione nella scelta delle terapie»⁴⁷⁶. Una conclusione evidentemente analoga a quella dell'anno precedente⁴⁷⁷.

Preso atto delle ragioni dell'illegittimità, chiaramente ribadite, la motivazione si incentra sulla scelta del tipo di pronuncia per ovviare al *vulnus* non superato da una riforma legislativa nel frattempo non pervenuta.

La Corte sottolinea allora che, decorso il termine di un anno assegnato al legislatore per regolare la materia nei limiti del suo potere discrezionale – lasso di tempo che assicura dunque, in questa prospettiva, anzitutto il rispetto delle prerogative legislative – la necessità di garantire la legalità costituzionale diventa prioritaria. Mossa dunque dall'intento di evitare il formarsi di zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale e di vuoti di tutela derivanti da un annullamento 'secco', la Corte si fa carico delle esigenze di garanzia «*ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari*», seppur non a carattere costituzionalmente vincolato, «*fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento*»⁴⁷⁸. Quello che rimane dell'impianto argomentativo è quindi funzionale alla ricerca di queste *coordinate*.

Il primo passo per individuarle è il richiamo dei requisiti alla luce dei quali il divieto di aiuto al suicidio è illegittimo, già indicati nell'ordinanza del 2018.

Il secondo l'affermazione della necessità di «un controllo preventivo sull'effettiva esistenza delle condizioni che rendano lecita la condotta», ovvero sia una proceduralizzazione volta all'accertamento delle condizioni di esercizio del diritto fondamentale, sulla scorta di quanto già avvenuto per l'aborto⁴⁷⁹ e la procreazione

⁴⁷⁶ Punto 2.3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷⁷ Seppure essa sia integrata, quanto al diritto di accedere a cure palliative e terapia del dolore, dal richiamo del parere del Comitato nazionale per la bioetica del 18 luglio 2019 («Riflessioni bioetiche sul suicidio assistito»), il quale proprio su questo punto aveva manifestato una posizione unanime nell'affermare la necessaria effettività di tale diritto, che dovrebbe rappresentare «una priorità assoluta per le politiche della sanità». Passaggio rispetto al quale la Corte osserva che si cadrebbe in effetti in un «paradosso» ove non si punisse l'aiuto al suicidio senza prima aver assicurato l'effettività del diritto alle cure palliative (punto 2.4 del *Considerato in diritto*). Un punto destinato a essere ripreso in letteratura da chi non ha rinvenuto nella sentenza in questione il riconoscimento di un diritto fondamentale di morire.

⁴⁷⁸ Punto 4 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra. Chiaramente le considerazioni riportate, assai comuni – lo si è visto – alla giurisprudenza oggetto di questo studio, sottendono da un lato la consapevolezza di andare verso una decisione ricostruttiva dai connotati non univocamente rinvenibili nel tessuto legislativo vigente, e dall'altro la relativizzazione di una categoria totalmente altra rispetto alle rime obbligate, e cioè il giudicato costituzionale: relativizzazione che ci appare del resto evidente nel momento in cui il legislatore viene legittimato a intervenire nuovamente sull'area del tessuto legislativo ordinario incisa dalla sentenza della Corte. Un punto, quest'ultimo, che evidenzia sommovimenti ed evoluzioni della giustizia costituzionale italiana dettati dalla necessità di tutela dei diritti fondamentali che vanno oltre la latitudine valutativa del giudice costituzionale nel definire la parte ricostruttiva di determinate pronunce, e su cui torneremo più oltre.

⁴⁷⁹ Sentenza n. 27 del 1975, con la quale la Corte costituzionale dichiarò illegittimo l'art. 546 cod. pen. nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza potesse essere interrotta quando l'ulteriore gestazione implicasse «danno, o pericolo, grave, *medicalmente accertato* nei sensi di cui in

medicalmente assistita⁴⁸⁰. In questo caso, la *coordinata* ricostruttiva viene individuata negli artt. 1 e 2 legge n. 219 del 2017. Secondo la Corte, la «procedura medicalizzata» riservata ai soggetti che già alla luce di tali disposizioni potrebbero lasciarsi morire attraverso la rinuncia ai trattamenti sanitari, risulta infatti idonea a rispondere alle necessità di garanzia già sottolineate nella pronuncia del 2018. Procedura idonea a garantire non solo la verifica dei presupposti in presenza dei quali si possa chiedere l'aiuto al suicidio⁴⁸¹, ma anche il coinvolgimento in un percorso di cure palliative⁴⁸².

A ciò la Corte aggiunge la necessità che una simile verifica resti affidata alle strutture del sistema sanitario nazionale⁴⁸³, quella dell'«intervento di un organo collegiale terzo» individuato nei comitati etici territorialmente competenti⁴⁸⁴, nonché quella – ampiamente prevedibile – dell'obiezione di coscienza in capo ai medici⁴⁸⁵.

Un ultimo tassello riguarda la disciplina dei fatti anteriori alla declaratoria d'illegittimità costituzionale, come – evidentemente – quello oggetto del giudizio *a quo*. Sul punto la Corte opta per «una diversa scansione della pronuncia sul piano temporale»: per i fatti anteriori, viene dunque affermato che la non punibilità rimane subordinata al fatto che l'agevolazione al suicidio sia stata prestata con modalità «idonee comunque sia a offrire *garanzie sostanzialmente equivalenti*»⁴⁸⁶.

Questo l'apparato argomentativo che conduce la Corte costituzionale a uno dei

motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre» (enfasi nostra).

⁴⁸⁰ Sentenza n. 96 e 229 del 2015, nelle quali la Corte ha dichiarato illegittime le disposizioni che impedivano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro, «*accertate da apposite strutture pubbliche*» e la disposizione che puniva la selezione eugenetica degli embrioni senza escludere dalla scelta di criminalizzazione le condotte che miravano a evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da gravi malattie genetiche trasmissibili e «*accertate da apposite strutture pubbliche*» (enfasi nostra).

⁴⁸¹ Qui la Corte (punto 5 del *Considerato in diritto*) richiama in particolare l'art. 1, comma 5, legge n. 219 del 2017, in cui è già riconosciuto il diritto all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in capo alla persona capace di agire, rinviando al comma 4 relativo alle forme del consenso informato per esprimere la relativa richiesta. «Qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza», prosegue la disposizione, «il medico prospetta al paziente e, se questi acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica».

⁴⁸² La Corte richiama qui l'art. 2 legge n. 219 del 2017, in cui si afferma la necessità di garantire sempre «un'appropriata terapia del dolore, con il coinvolgimento del medico di medicina generale e l'erogazione delle cure palliative» previste dalla legge n. 38 del 2010 (*ibidem*).

⁴⁸³ In coerenza, del resto, con la propria giurisprudenza: la Corte richiama infatti nuovamente le pronunce n. 229 e 96 del 2015 in tema di procreazione medicalmente assistita (*ibidem*).

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

⁴⁸⁵ Punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸⁶ Garanzie che la Corte prova a chiarire in un passo immediatamente successivo, in cui ne demanda l'accertamento al giudice nel caso concreto: fra queste, richiama la necessità che le condizioni del richiedente «che valgono a rendere lecita la prestazione dell'aiuto» siano state oggetto di verifica in ambito medico, la chiarezza e univocità nella manifestazione di volontà, «compatibilmente con quanto è consentito dalle sue condizioni», l'adeguato livello di informazione fornito al paziente circa le sue condizioni e le possibilità alternative, fra le quali cure palliative e sedazione profonda continua (*ibidem*).

dispositivi più manipolativi della sua giurisprudenza⁴⁸⁷, nel quale

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.

La Corte non manca peraltro di formulare l'«auspicio», ormai rituale in pronunce di questo tipo, affinché «la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi» enunciati nella sentenza⁴⁸⁸.

Le due decisioni racchiudono profili di grande interesse, sia rispetto agli itinerari argomentativi che conducono al riscontro dell'illegittimità costituzionale, sia rispetto alla prospettiva rimediata adottata dalla Corte. Prima ancora di soffermarsi su questi profili è però opportuno fare i conti con un'obiezione ricorrente, se non altro nella letteratura più critica verso il nuovo corso giurisprudenziale in materia penale.

Ancor prima dell'ordinanza n. 207 del 2018 si è detto infatti che la costruzione di una questione dal 'verso' «ambiguo, incerto, suscettibile di plurime soluzioni, nessuna delle quali “a rime obbligate”» avrebbe trovato nell'art. 25, secondo comma, Cost., alla luce della definizione del *petitum*, «un limite davvero insormontabile»⁴⁸⁹. Al netto dell'esito della questione sul piano dell'essere, ci si può chiedere se questa prospettazione preclusiva di un intervento della Corte nel merito si giustificasse in termini di *dover essere*. A ben vedere, l'osservazione va al cuore di alcuni dei principali problemi che trascorrono questo studio: lungi dal tentarne una confutazione su un piano teorico⁴⁹⁰, ci limitiamo qui a segnalare i rischi d'incoerenza che una decisione d'inammissibilità così argomentata avrebbe generato nella giurisprudenza in analisi.

Se è infatti vero che la Corte costituzionale ha ritenuto la questione ammissibile perché la Corte d'assise di Milano non aveva richiesto una sentenza manipolativa, è invece proprio la recente tendenza della Corte a decidere questioni che avrebbe in passato dichiarato inammissibili per discrezionalità legislativa⁴⁹¹ a far sì che in

⁴⁸⁷ Dispositivo preceduto, fra l'altro, dalla condivisibile dichiarazione di assorbimento delle altre questioni sollevate (punto 8 del *Considerato in diritto*).

⁴⁸⁸ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸⁹ A. MORRONE, *Il “caso cappato” davanti alla Corte costituzionale*, cit., 9.

⁴⁹⁰ Una lettura di questo tipo della riserva di legge penale non è infatti implausibile, in termini teorici; anzi, si tratta di un'interpretazione che è stata per lunghi decenni fatta propria – sebbene una simile affermazione richiederebbe comunque vari caveat – dalla stessa Corte costituzionale.

⁴⁹¹ Va peraltro ricordato che in materia penale si è per lungo tempo affermata un'inammissibilità

questo nuovo corso l'ipotesi di una *decisione d'inammissibilità* come quella prospettata avrebbe finito per incrinare la coerenza interna della giurisprudenza costituzionale.

È infatti dubbio che, nel quadro di una giurisprudenza che trova il proprio attuale centro di gravità nella tutela dei diritti fondamentali, si possa coerentemente dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale in ragione di un'interpretazione della riserva di legge penale che si esaurisce nella garanzia di un monopolio legislativo su quest'area del giuridico e preclude qualsiasi intervento manipolativo della Corte costituzionale che non sia 'a rime obbligate' e comunque *in bonam partem*: sarebbe un'interpretazione non implausibile, ma potenzialmente incoerente rispetto alla lunga evoluzione costituzionale sulla quale s'innesta⁴⁹².

Il punto è che l'assenza nell'ordinamento costituzionale italiano di una generale scala assiologica rigidamente predefinita (*Wertordnung*) non esclude affatto che vi siano «istanze di valore» con «un pregio maggiore di altre», dalle quali emerga in via consequenziale «una serie di micro-gerarchie che determinano la forma assiologica dei vari principi»⁴⁹³. E alla luce di un'assiologia costituzionale che vede incontrovertibilmente «la persona al centro»⁴⁹⁴ e con essa i suoi diritti, e di un'evoluzione costituzionale che porta a inquadrare dunque principi, regole e istituti in funzione della tutela di questi stessi diritti, anche e soprattutto un istituto come la riserva di legge – che è per definizione funzionale alla tutela dei diritti fondamentali⁴⁹⁵ – deve esser letto in questa prospettiva. Se si accettano queste premesse storiche e teoriche, è proprio il legame funzionale tra legge e libertà nella Costituzione repubblicana ad assurgere a bussola ermeneutica della riserva di legge penale: in quest'ottica, la coerenza con l'assiologia e l'evoluzione costituzionale di un'interpretazione della riserva di legge come disposizione funzionale alla tutela della legge come valore in sé, la quale neutralizzi al contempo determinate possibilità d'intervento della Corte costituzionale necessarie alla tutela dei diritti

incentrata su una peculiare lettura dell'art. 25, secondo comma, Cost. che traeva dalla disposizione una norma preclusiva di interventi di tipo manipolativo; norma che ampliava dunque esponenzialmente la discrezionalità legislativa in materia. Un'impostazione che però al tempo della pronuncia della sentenza n. 242 del 2019 era già stata ampiamente superata.

⁴⁹² A partire dalla sentenza Paladin (n. 148 del 1983) vale a dire la prima 'apertura' rispetto a un'interpretazione rigidissima della riserva di legge penale, può cogliersi al fondo delle progressive ridefinizioni del rapporto fra diritto costituzionale delle pene e possibilità di giudizio della Corte una necessità costituzionale coincidente con l'esigenza di evitare il formarsi di «zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile» (punto 3 del *Considerato in diritto*). Un *dover essere* che in origine – essendo incentrato sulla garanzia della legalità costituzionale nel diritto oggettivo – veniva scisso da quello della tutela dei diritti fondamentali e con il quale, tuttavia, ha col tempo finito per sovrapporsi, specie negli anni più recenti.

⁴⁹³ A. LONGO, *Tempo, interpretazione, costituzione*, cit., 239 s. Sulla questione delle micro-gerarchie assiologiche rinviando a quanto detto *supra* (I.6.1).

⁴⁹⁴ L. CARLASSARE, *La Costituzione, la libertà, la vita*, in Astrid-online, Relazione presentata al Seminario di Astrid *Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, Roma, 5 marzo 2009, 6.

⁴⁹⁵ Seppure, va detto, in uno dei più noti studi sull'istituto si afferma che la sua funzione primigenia nel contesto delle monarchie costituzionali sarebbe stata anzitutto quella di garantire la separazione dei poteri (S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e profili attuali*, Milano, 1963, ora in Id., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010, spec. 15).

fondamentali incisi dalla stessa legge, è per lo meno dubbia⁴⁹⁶. In breve: *l'interpretazione della riserva di legge come preclusiva del giudizio di legittimità costituzionale di norme che comprimono gravemente i diritti fondamentali innesterebbe nell'ordinamento un altissimo rischio di formazione di zone franche immuni dal sindacato costituzionale proprio in relazione alla tutela di valori che la Costituzione pone al suo vertice assiologico*. È per questa ragione che, al netto della motivazione data dalla Corte costituzionale⁴⁹⁷, il fatto che l'eccezione d'inammissibilità per richiesta di pronuncia manipolativa in materia penale sia stata respinta risulta senz'altro coerente con il nuovo corso giurisprudenziale.

Venendo al merito della questione, e prescindendo dunque in questa sede da un'analisi delle implicazioni più propriamente processuali⁴⁹⁸ dell'elaborazione della tecnica decisoria che nella relazione sull'attività svolta dalla Corte nel 2018 il Presidente Lattanzi ha definito di «incostituzionalità prospettata»⁴⁹⁹, le due

⁴⁹⁶ Dubbio che assurge peraltro a certezza nel momento in cui il parametro di riferimento divenga la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, in cui la Corte declama espressamente di orientare la propria azione alla tutela dei diritti fondamentali; il che è in effetti – lo si è visto – il principale argomento che l'ha portata a ridefinire la latitudine della discrezionalità legislativa in materia penale.

⁴⁹⁷ La Corte costituzionale argomenta infatti l'insostenibilità dell'eccezione dell'avvocatura generale dello stato alla luce del rilievo che la Corte d'assise di Milano non avrebbe chiesto una pronuncia manipolativa. Tuttavia, pur al netto dell'ingiustificabilità teorica delle rime obbligate nel giudizio costituzionale – di cui si è detto – la struttura del giudizio incidentale richiede che il giudice manifesti né più né meno che un dubbio in ordine alla legittimità costituzionale della norma; per converso, la responsabilità della scelta della soluzione da adottare una volta accertati gli eventuali *vulnera* nella legalità costituzionale dovrebbe ricadere sulle spalle dei giudici di Palazzo della Consulta. «La regola», scrivono Zagrebelsky e Marcenò, «dovrebbe essere questa: al giudice *a quo*, la prospettazione argomentata del dubbio; alla Corte costituzionale, la decisione di come risolverlo», e ciò posto anche che «le possibilità non si esauriscono nella dicotomia incostituzionalità o non-incostituzionalità» (G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, cit., 131). D'altro canto, questo non toglie che in effetti la Corte abbia spesso richiesto ai giudici comuni proprio l'indicazione di un «verso» della richiesta, dichiarando in sua assenza l'inammissibilità della questione. Un orientamento che, tuttavia, non è esente da critiche, in particolare proprio alla luce della struttura del giudizio incidentale e delle differenti funzioni attribuite alla Corte costituzionale e ai giudici (*ibidem*).

⁴⁹⁸ Sebbene già in margine all'ordinanza interlocutoria si segnalasse la difficoltà di distinguere nettamente, nella vicenda in esame, i profili sostanziali da quelli profili processuali (C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3, 2019, 567).

⁴⁹⁹ Tecnica con cui la Corte ha cercato di superare il dilemma dell'«alternativa tra soluzioni di inammissibilità che preservano la discrezionalità legislativa, ma lasciano insoddisfatti interessi costituzionali meritevoli di tutela, e pronunce di accoglimento che, sacrificando tale discrezionalità, offrono tutela a questi ultimi, ma perturbano l'ordinamento, fino a lasciarlo privo di una compiuta disciplina legislativa che la Corte non ha né titolo né mezzi per somministrare» (ivi, 11 ss., relazione consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it>). In letteratura si era parlato di una «scommessa» della Corte «sulla maggiore efficacia monitoria» di questo tipo di pronunce rispetto alle ordinanze d'inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa (R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, 2475). E del resto è stato pure evidenziato il fatto che, rispetto ai moniti più classici, il rinvio della trattazione a termine fisso andrebbe oltre una mera sollecitazione nei confronti del legislatore, sottintendendo «un giudizio di tollerabilità – e di conseguenza di intollerabilità – della presenza nell'ordinamento della norma incostituzionale» (A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2019, 115). Una tecnica,

quella inaugurata nel caso in questione, che è stata da più parti paragonata all'utilizzo delle *Unvereinbarerklärungen* da parte del Bundesverfassungsgericht, con il quale il giudice costituzionale tedesco accerta l'incompatibilità con la Grundgesetz della norma sottoposta al suo giudizio senza al contempo annullarla e dunque differisce gli effetti dell'incostituzionalità (in questo senso fra gli altri, pur con varie sfumature, A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, in *Giur. cost.*, 2018, 2463, N. FIANO, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 583 ss. e P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019, 22; un accostamento fra i due modelli, ma con un accento posto sull'asserita minore problematicità della tecnica decisoria italiana, si rinviene pure in M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018). Marca invece una netta, condivisibile presa di distanza dall'accostamento G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2493 ss., in quanto le sentenze del giudice costituzionale tedesco vincolano tutti i poteri pubblici anche nel caso dell'accertamento di una mera incompatibilità, e al contempo il giudice costituzionale non ha la possibilità di sanare il *vulnus* riscontrato se il legislatore non provvede in tempo perché la discrezionalità legislativa è in Germania «uno spazio di valutazione» rispetto al quale il Bundesverfassungsgericht è estraneo; inoltre, l'Autore richiama l'insostenibilità del tentativo di trapiantare nel giudizio incidentale italiano l'*Anwendungssperre* che il giudice costituzionale tedesco utilizza nei casi paralleli (*Parallelfälle*), e sottolinea infine come nell'esperienza tedesca alla dichiarazione d'incompatibilità faccia seguito alternativamente o la preclusione all'applicazione o l'indicazione di continuare ad applicare la norma rivolta a tutti i giudici. Invero, circa la sostenibilità di un eventuale consolidamento del ricorso a questa tecnica decisoria, in margine all'ordinanza n. 207 del 2017 si era espresso criticamente, fra gli altri, E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, 531 ss., il quale non escludeva l'ipotesi di una ulteriore rinvio o addirittura l'insorgere di nuove problematiche nella questione oggetto del giudizio, e concludeva paragonando l'azione della Corte costituzionale a una «rapsodia» (ivi, 561 ss.). E non è mancato chi ha definito questo schema «*debordante dal quadro degli strumenti predisposti per l'esercizio della giurisdizione costituzionale*» (A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine*, I, 2019, 108). Vero è che l'esperienza concreta del successivo utilizzo della stessa tecnica nel caso relativo al reato di diffamazione a mezzo stampa (ordinanza n. 132 del 2020 e sentenza n. 150 del 2021) e in quello relativo all'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale (ordinanze n. 97 del 2021 e n. 122 e 227 del 2022) sembra aver dimostrato una funzionalità relativamente buona dello schema in casi strutturalmente affini, almeno ove la si guardi nell'ottica del ripristino della legalità costituzionale in ambiti dove troppo a lungo è mancata. Mentre sotto il profilo dell'asserita mancanza di fondamento normativo del potere di disporre di una simile tecnica, il fatto stesso che la Corte costituzionale ricorra al metodo giurisdizionale pur non appartenendo alla magistratura dovrebbe esser sufficiente a ritenere plausibile che, come ogni organo che utilizzi il metodo giurisdizionale, essa possa ricorrere a una semplice ordinanza di rinvio della trattazione, «strumento che è tipico di ogni giurisdizione»: com'è stato osservato, l'autentica novità risiede in effetti «nella natura interlocutoria del provvedimento» (V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, 2019, 1222 ss.). È peraltro interessante osservare come sul piano formale sia soltanto la presenza di un termine a distinguere questo modello decisorio dalle più tradizionali doppie pronunce; del resto, coincidente è la *ratio* sottesa al ricorso a queste ultime, come la Corte condivisibilmente sottolinea (sentenza n. 242 del 2019, punto 4 del *Considerato in diritto*): un altro schema che deve la propria elaborazione teorica – esattamente come il dipolo «disposizione e norma» e le rime obbligate nel giudizio costituzionale – a Vezio CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 948 (come ricorda M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via*

decisioni riflettono una lunga evoluzione costituzionale della tutela dei diritti fondamentali, giunta negli ultimi anni a un nuovo livello di maturazione in termini di apprendimenti giurisprudenziali.

Le due pronunce vanno annoverate nella giurisprudenza in tema di diritti fondamentali proprio perché registrano l'esistenza di un diritto fondamentale, che la Repubblica deve dunque riconoscere e garantire: un diritto il cui esercizio fa cadere la legittimità di scelte legislative di criminalizzazione di condotte che siano suscettibili nel suo esercizio, e con essa un ovvio ritiro della discrezionalità legislativa nell'operare simili scelte al di là del *pomerium* del costituzionalmente necessario. Questo è però soltanto l'esito del giudizio della Corte.

Andando per ordine, il primo passo è il riconoscimento della non aprioristica, non assoluta incompatibilità della criminalizzazione dell'aiuto al suicidio con la legalità costituzionale: se ciò non significa anche che il legislatore non possa far ulteriormente arretrare la tutela penale⁵⁰⁰, il passo legittimo pure un'opzione legislativa che riflette un tipo di disciplina del fine-vita che è stato ritenuto suscettibile in un modello «concorrente», che vedrebbe il principio di autodeterminazione concorrere – appunto – con altri elementi individuati nelle due pronunce⁵⁰¹. La necessità di tutelare persone fragili sorregge dunque, nell'argomentare della Corte, la non incompatibilità costituzionale della scelta di criminalizzazione in sé, questa sorta di «cintura protettiva»⁵⁰².

Detto questo, la Corte finisce per rilevare poi l'esistenza di un diritto fondamentale che si accompagna – senza sovrapporsi del tutto sul piano concettuale – a un giudizio di irragionevolezza della norma censurata⁵⁰³: la criminalizzazione dell'aiuto al suicidio, fino a quel momento non ritenuta necessariamente illegittima sul piano generale e astratto, finisce per non riuscire più a giustificarsi sul piano della ragione sufficiente alla luce della «non raggiungibile varietà del caso concreto»⁵⁰⁴: un concreto reso ancor meno raggiungibile alla luce dell'evoluzione

incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale, in Riv. AIC, 2, 2019, 649, nota 10).

⁵⁰⁰ Osserva Massimo DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020, 227 che «la sentenza n. 242 del 2019 non traccia certo i confini massimi della legittimità costituzionale di una nuova disciplina, la quale può essere più ampia del quadro disegnato dalla Corte, che è soltanto il “minimo sindacale” oggi definibile in una sentenza che reimmetta nel circuito costituzionale l'art. 580 c.p.».

⁵⁰¹ C. CASONATO, *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e fine vita*, in Oss. cost., 1, 2022, 64 ss.

⁵⁰² Ordinanza n. 207 del 2018, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰³ Invero, va qui dato conto che in letteratura non è comunque mancato chi, rilevando un'oscillazione della motivazione della sentenza n. 242 del 2019 fra violazione dell'art. 32 Cost. e giudizio di irragionevolezza, ha posto criticamente l'attenzione su «una rarefazione (se non un'assenza) del parametro costituzionale». Così, F. POLITI, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di irragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 651.

⁵⁰⁴ Sentenza n. 644 del 1988, punto 3 del *Considerato in diritto*. L'icastica immagine è ripresa anche da R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 127, che sottolinea le implicazioni di un tale vincolo fattuale oltre che rispetto all'operato del legislatore anche rispetto allo stesso giudizio costituzionale.

scientifica e tecnologica, che segna oggi uno scarto a tratti incolmabile fra alcune possibili declinazioni del reale e la disposizione di cui all'art. 580 cod. pen.⁵⁰⁵, anche al netto dei tentativi di elaborare interpretazioni in grado di contenere il più possibile la portata applicativa del divieto di aiuto al suicidio⁵⁰⁶.

Profilo, quello dell'irragionevolezza della norma, che – dicevamo – si sovrappone in parte all'emersione di un diritto fondamentale, in quanto tale senz'altro preesistente ma assai meticolosamente – e prudentemente⁵⁰⁷ – ricostruito dalla Corte. La sua emersione si accompagna all'evocazione nell'apparato argomentativo della libertà di autodeterminazione⁵⁰⁸ e della dignità⁵⁰⁹ che in campo sanitario trovano una peculiare declinazione nel richiamo all'art. 32, secondo comma, Cost.⁵¹⁰, che si accompagna così a quello agli artt. 2 e 13⁵¹¹. Il fatto che la Corte

⁵⁰⁵ Scarto che appare chiarissimo quando la Corte parla di «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia» (ordinanza n. 207 del 2018, punto 8 del *Considerato in diritto*).

⁵⁰⁶ Da questo punto di vista, la disciplina in questione, non reggendo più il peso di alcune particolari declinazioni del reale che è comunque chiamata a disciplinare, risulta in questa specifica misura non più rispondente alla logica del probabile, e dunque irragionevole. Il difetto di ragionevolezza si traduce in questo caso nella violazione del principio di eguaglianza attraverso l'imposizione di una sola soluzione per congedarsi dalla vita – la sedazione terminale – per alcune persone non rispondente alla propria concezione della dignità umana: il canone di ragionevolezza conduce dunque in quest'ipotesi ad accertare la violazione del principio ascrivibile all'art. 3, primo comma, Cost. È proprio questa contestuale violazione del principio di eguaglianza a indurci ad affermare che l'irragionevolezza di cui discorriamo non si sovrappone all'individuazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione nel morire che legittima il suicidio assistito alle condizioni ricostruite dalla Corte costituzionale. E del resto, come abbiamo ampiamente argomentato in precedenza (I.3), la ragionevolezza non è un principio, ma appunto un canone.

⁵⁰⁷ «Anche la Corte costituzionale», scrive Massimo Donini, «preferisce evitare lessici già eretici, comunque insuscettibili di adesione politica bipartisan. Non parla dunque del “diritto di morire” e anzi rigetta espressamente al §6 la prospettiva del giudice rimettente» (M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto a morire. L'opzione “non penalistica” della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in *Giur. cost.*, 2018, 2861).

⁵⁰⁸ Ordinanza n. 207 del 2018, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰⁹ Si è detto che proprio il riferimento alla dignità marcherebbe una delle più rilevanti «differenze, di sostanza e di tono», fra le due pronunce sul caso, perché la sentenza del 2019 non opera – effettivamente – i vari, espressi richiami contenuti nell'ordinanza del 2018 «al concetto di dignità come soggettivamente intesa» (G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita umana e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 618 e 630). Invero, al netto del richiamo espresso alla dignità nel senso di cui si è detto, l'apparato argomentativo della sentenza n. 242 del 2019 sembra tuttavia chiaramente presupporre una simile declinazione del principio, al punto tale da porla a fondamento della declaratoria d'illegittimità costituzionale rispetto alla quale non si discosta dall'accertamento già svolto con l'ordinanza del 2018.

⁵¹⁰ Si è già segnalato come il riferimento all'art. 32, secondo comma, Cost. non fosse contenuto nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, pur comparendo nella sua motivazione: fatto che la Corte non ha mancato di far notare (ordinanza n. 207 del 2018, punto 8 del *Considerato in diritto*).

⁵¹¹ È un'ulteriore conferma del fatto che la Corte non ricorre, nell'individuazione dei diritti fondamentali, né alla teorica della locuzione «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 come clausola a fattispecie chiusa né a quella della clausola a fattispecie aperta, optando invece per una *via media* che tenta di valorizzare le potenzialità interpretative del testo. Osserva sul punto C. PINELLI, *Diritto pubblico*, II ed., Bologna, 2022, 376 che la soluzione, superando la storica alternativa su cui si è a lungo innestato il dibattito scientifico, «non può dunque considerarsi frutto di un espediente pratico,

non qualifichi espressamente un simile diritto non muta la natura della situazione giuridica soggettiva la cui affermazione sul piano applicativo è evidentemente sottesa alle due pronunce.

Quando si legge che «l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà» sino al momento del decesso che segue alla sedazione terminale può risultare per alcune persone «una soluzione non accettabile»⁵¹², e che imponendo loro un'unica soluzione per congedarsi dalla vita «meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire» si comprime la loro libertà di autodeterminazione e si lede – appunto – la loro dignità umana⁵¹³, diventa chiaro che la Corte non sta abbracciando una soluzione ‘penale’⁵¹⁴, distinguendosi pure dall'approccio seguito dal Bundesverfassungsgericht tedesco nella celebre sentenza del 2020 in tema di fine-vita⁵¹⁵: questi passaggi, al netto della mancata qualificazione formale della situazione giuridica soggettiva, implicano infatti una vera e propria espansione

ma affonda le sue radici nell'ispirazione profonda del testo».

⁵¹² Sentenza n. 242 del 2019, punto 2.3 del *Considerato in diritto*.

⁵¹³ Ordinanza n. 207 del 2018, punto 9 del *Considerato in diritto*. È stato osservato che oggetto della questione non era affatto un 'diritto al suicidio', ma un diritto all'autodeterminazione, e che in questa prospettiva la Corte avrebbe fatto ricorso alla dignità umana in funzione di limite alla discrezionalità legislativa proprio alla luce del fatto che la stessa dignità «è intimamente legata al diritto di autodeterminazione, quindi al nocciolo duro dell'identità personale» (R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 2, 2019, 1).

⁵¹⁴ È stato fatto notare che «una pronuncia di tipo penale» avrebbe potuto tradursi o nell'inammissibilità della questione con monito al legislatore di riformare l'art. 580 cod. pen. o nella dichiarazione dell'illegittimità costituzionale nella parte in cui puniva in ogni caso l'aiuto al suicidio secondo la prospettiva abbracciata dal giudice rimettente, o ancora nella parte in cui la disposizione prescinde dai motivi di chi agevola il suicidio o sanziona chi lo agevola come chi lo determina (M. DONINI, *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto a morire*, cit., 2863 ss.).

⁵¹⁵ Si tratta della pronuncia del 26 febbraio 2020 (2, BvR 2347/15), con cui il giudice costituzionale tedesco era stato chiamato a decidere della legittimità del par. 217 StGB («Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung»), con cui a partire dal 2015 veniva punito chiunque favorisse commercialmente il suicidio di un'altra persona. Nel caso di specie, il Bundesverfassungsgericht ha dichiarato l'illegittimità costituzionale totale della disposizione: pur riconoscendo che i fini perseguiti dal legislatore erano perfettamente conformi al Grundgesetz – fra le quali l'asserita necessità di tutelare le persone più vulnerabili, che vi avrebbero potuto ricorrere anche senza una scelta autenticamente libera – la norma non supera tuttavia il giudizio di proporzionalità, in quanto in alcuni casi comprime del tutto il diritto all'autodeterminazione nel morire (n.m. 264 ss.), e ciò anche alla luce del contesto sanitario tedesco (n.m. 280 ss.). Neppure la possibilità di ricorrere a questa soluzione all'estero è sufficiente a evitare la declaratoria d'illegittimità, perché la garanzia dei diritti fondamentali è per il giudice costituzionale tedesco un obbligo di cui lo Stato deve farsi carico nel proprio contesto ordinamentale (n.m. 300). In letteratura si è osservato che la differenza fra le due esperienze tedesca e italiana sta e cade proprio sulla natura della soluzione adottata: più squisitamente penalistica nel primo caso, perché incentrata sull'assenza di un bene giuridico apprezzabile sul piano della tutela e imperniata sul bilanciamento in astratto fissato dal legislatore; una soluzione più articolata la seconda, che rispetto alla norma penale oggetto del giudizio prescinde dal bilanciamento astratto e constata la concreta esistenza di casi di fronte ai quali «non si inverano quelle esigenze di tutela che in generale ne giustificano l'esistenza» (N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2, 2020, 71).

applicativa dei diritti fondamentali, alla quale sembrano del resto prodromici⁵¹⁶. Si tratta – almeno a giudicare dall’*iter* argomentativo e dall’interpretazione delle varie disposizioni costituzionali richiamate – di una peculiare declinazione del diritto di morire con dignità⁵¹⁷, che riflette lo spirito pluralistico che trascorre la Costituzione repubblicana⁵¹⁸ e incrina ulteriormente la già non solidissima idea che il valore costituzionale della vita umana implichi anche, come inevitabile e fisiologico corollario del correlativo diritto, il crisma della sua assoluta indisponibilità⁵¹⁹. Una declinazione che si accompagna a quelle già affermate nella

⁵¹⁶ «Sono dunque il diritto costituzionale, e lo stato dei diritti e delle relative scriminanti, che si sono applicati», è stato non a caso osservato, «non un potere di selezione dei fatti penalmente rilevanti» (M. DONINI, *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali. La legittimazione costituzionale di una sentenza manipolativo-additiva al limite*, in *disCrimen*, 31 luglio 2023, 13, enfasi nostra).

⁵¹⁷ Qualche anno fa, sottolineando il nesso fra dignità umana e autodeterminazione, Gladio Gemma aveva sottolineato che «o esiste un dovere incondizionato di vivere od esiste un diritto di morire» (G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia: non c’è antitesi. Note a margine di un’opera recente di una costituzionalista cattolica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2016, 264). Rispetto al caso in esame, in letteratura non è mancato chi ha però dubitato della configurazione di un diritto a morire, anche per via dei limiti cui l’azione della Corte costituzionale è soggetta – elemento in cui si individua la causa della sua mancata sanzione espressa – suggerendo che a partire dal diritto all’autodeterminazione terapeutica si potrebbe trarre «l’esistenza non già del diritto a morire, bensì di quello a non vivere in condizioni di particolare sofferenza» (A. APOSTOLI, *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 1, 2021, 248). Sembrano deporre in senso analogo pure le conclusioni di C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l’incostituzionalità differita e la dignità nell’autodeterminazione alla morte*, in *Cass. pen.*, 2, 2019, 543, il quale osserva che la Corte «non intende legittimare un diritto di morire quanto invece valorizzare la massima declinazione della tutela della dignità umana». In un’altra prospettiva, ritiene che la Corte non abbia affatto riconosciuto un ‘diritto al suicidio’, che in caso avrebbe significato riconoscere «una vera e propria pretesa del singolo a ottenere dal servizio sanitario nazionale le prestazioni necessarie», B. LIBERALI, *L’aiuto al suicidio “a una svolta”, fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Dir. comp.*, 9 dicembre 2019, 2 ss. Ancora, si è poi parlato del ritaglio di un’area di liceità dell’aiuto materiale al suicidio «quale evoluzione logico-normativa del diritto al rifiuto delle cure», con la quale il peculiare suicidio di cui si tratta assurgerebbe «a fatto lecito e esigibile, in quanto propaggine e manifestazione del diritto umano alla salute» (M.B. MAGRO, *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 11 giugno 2019, 31). Osservava invece in margine all’ordinanza del 2018 A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta OnLine*, III, 2018, 573, che essa avrebbe sostanzialmente ammesso un «diritto alla morte», con ciò «spianandosi la via all’affermazione di un vero e proprio suicidio assistito».

⁵¹⁸ Pluralismo che significa, come la Corte non manca di argomentare, il riconoscimento della dignità di visioni della vita che non ritengono aderente al proprio orizzonte valoriale il morire a seguito di una sedazione profonda. In altri termini, si trattava di riconoscere «il diritto fondamentale dei (medesimi) malati che non intendono (più) limitarsi ad allontanare, limitare o preparare la prospettiva della morte, ma chiedono di morire come liberazione dal male» (M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2016, 557) senza però imporre loro un’unica via, la quale in potenza può non collimare con la loro idea di dignità nel morire.

⁵¹⁹ È stato osservato che il valore costituzionale del principio di indisponibilità «è in genere *postulato ma non dimostrato*» e che il principale argomento a favore di questa lettura sarebbe «quello fondato sulla tradizione giuridica precedente all’avvento alla Costituzione, che si assume implicitamente richiamata ed avallata dai costituenti in difetto di specifica presa di posizione in senso contrario» (F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e ‘attivismo giudiziale’*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1605). In una prospettiva che si auto-dichiara ‘antipaternalista’, si è detto che il ricorso all’argomento del carattere indisponibile del diritto alla vita che fa di questi l’altro termine di

legge n. 219 del 2017 sulle DAT, la quale poggia in fondo sugli apprendimenti giurisprudenziali maturati in casi come quelli di Piergiorgio Welby ed Eluana Englaro, a loro volta figli di una lunga evoluzione costituzionale del diritto alla salute⁵²⁰. Si tratta dunque di un diritto che non soltanto è legittimato da una consolidata ermeneutica giurisprudenziale affermatasi a più livelli⁵²¹, ma anche da una rigorosa lettura delle disposizioni costituzionali dalle quali ne viene tratto un più che plausibile fondamento.

Il fatto che in un caso come quello di Fabiano Antoniani sia in gioco un diritto fondamentale fa dunque sì che neppure si ponga una questione di discrezionalità legislativa nella misura in cui si guardi ad essa in prospettiva di criminalizzazione di condotte riconducibili all'esercizio di questo diritto. Non a caso le due decisioni della Corte costituzionale marcano una radicale distanza da quella del

bilanciamento da opporre all'autodeterminazione individuale condurrebbe, «con acrobazia retorica ineguagliabile», all'affermazione di «un dovere di vivere o di salvaguardare la propria salute» (G. MANIACI, *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragion pratica*, 1, 2012, 215). E tuttavia, rigettare questo tipo di argomento – che seguito fino in fondo conduce in effetti a esiti inaccettabili – non implica anche abbracciare un'idea del diritto di autodeterminarsi non bilanciabile e indifferente all'incidenza sulla sfera giuridica di terzi. Del resto, se anche l'argomento della «cintura protettiva» (ordinanza n. 207 del 2018, punto 4 del *Considerato in diritto*) con cui la Corte osserva che in termini generali l'aiuto al suicidio non è incompatibile con la Costituzione può essere ritenuto espressione di un paternalismo giuridico moderato, e se anche non sono costituzionalmente imposte scelte di criminalizzazione in tal senso, rimane tuttavia dubbio che risponda alla necessità costituzionale una disciplina che non tenga conto delle situazioni di fragilità in cui alcune persone versano, situazioni in cui la manifestazione di una volontà autenticamente libera è quantomeno dubbia. Il che evidentemente richiede di tenere ben distinti il concetto d'indisponibilità del diritto alla vita e il concetto di tutela dello stesso diritto, che può assumere le più svariate forme.

⁵²⁰ Evoluzione che nei decenni si è intersecata in vario modo con l'ordinamento penale. Per cogliere l'importanza di questa evoluzione anche nel diritto costituzionale delle pene è sufficiente riflettere su quanto importante sia stata, per la risoluzione del caso, la legge sulle DAT, che a sua volta ha fatto propria una lunga storia costituzionale. E del resto non è affatto casuale che ciò valesse anche dieci anni fa, al tempo dei casi Welby ed Englaro. Si prenda ad esempio la sentenza di non luogo a procedere del GUP di Roma nella prima vicenda, la cui motivazione si concludeva con l'affermazione che il dottor Riccio aveva agito in presenza di un dovere giuridico che scriminava l'illiceità della condotta, avendo prima verificato il ricorrere di tutte le condizioni che legittimavano l'esercizio del diritto di Welby a sottrarsi a un trattamento sanitario non voluto: questa pronuncia, è stato osservato, «sarebbe stata, in effetti, impensabile senza il trentennio e oltre di riflessione dottrinale e giurisprudenziale che l'ha preceduta» sull'art. 32, secondo comma, Cost. «e senza la progressiva valorizzazione di questa norma» da parte della Corte costituzionale (F. VIGANÒ, *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziario'*, cit., 1611).

⁵²¹ Evidentemente tanto sul piano della giurisprudenza costituzionale quanto su quello della giurisprudenza dei giudici comuni, il che restituisce l'istantanea di una spiccata sensibilità costituzionale anche a un livello per così dire diffuso, che è una delle precondizioni essenziali per lo sviluppo di una costituzione per principi in un contesto democratico e pluralista. È un punto importante, che nella più recente storia costituzionale italiana ci sembra rappresenti una delle migliori dimostrazioni che «in democrazia nessuno, nemmeno la Corte costituzionale, è investito del compito di stabilire una volta per tutte il significato della costituzione. In questo senso anche l'organo titolare dell'ultima parola è parte di un processo interpretativo sempre aperto. In questo senso si comprende perché il diritto per principi, che sarebbe impensabile in presenza di canoni predeterminati di interpretazione, non potrebbe d'altra parte svilupparsi all'ombra di un tempio popolato da sommi sacerdoti» (C. PINELLI, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in *Sociologia*, 3, 2010, 143, i corsivi sono nostri).

Bundesverfassungsgericht del 2020 proprio nella misura in cui *nell'ordinanza n. 207 del 2018 e nella sentenza n. 242 del 2019 non c'è alcun bilanciamento e dunque alcun giudizio di proporzionalità, ma l'emersione di un diritto fondamentale dinanzi al quale qualsiasi scelta legislativa di incriminazione di condotte riconducibili al suo esercizio sarebbe destinata a esser dichiarata costituzionalmente illegittima*⁵²².

Seguendo questi fili argomentativi, si può allora cogliere pure quanto strettamente siano avvinte *l'individuazione del diritto fondamentale* e l'operazione ricostruttiva seguita dalla Corte costituzionale per garantirne le modalità di esercizio attraverso *la sua proceduralizzazione*: non a caso, rispetto al primo aspetto rileva l'interpretazione di disposizioni costituzionali da cui si trae un dover essere di riconoscimento e garanzia di un diritto, mentre rispetto al secondo rilevano gli apprendimenti giurisprudenziali sedimentatisi nel lungo andare intorno al fine-vita e – soprattutto – la legge n. 219 del 2017 che non solo li recepisce, ma implementa l'attuazione di diritti fondamentali attigui sul piano legislativo. Di conseguenza, la legge in questione risulta un decisivo punto di riferimento per consentire alla Corte di adottare un 'rimedio' sufficientemente garantista rispetto ai diritti fondamentali in gioco.

In tal senso, si potrebbe addirittura arrivare a dire che le stesse critiche innescate dall'asserita assenza di 'rime obbligate' perdono gran parte della loro solidità nella misura in cui la Corte costituzionale non fa altro che accompagnare l'espansione applicativa di un diritto fondamentale utilizzando il principio di eguaglianza e le grandezze legislative che erano in fondo il più vicino possibile a una logica di 'rima obbligata'. Anzi, abbracciata la prospettiva dell'ingiustificabilità teorica delle 'rime obbligate' quantomeno nel giudizio costituzionale, e dunque discutendo – al più – di pronunce manipolative che dovrebbero tendenzialmente rispettare la logica delle varie aree del tessuto legislativo, la sentenza n. 242 del 2019 è una decisione che nell'ottica della tutela dei diritti risulta equilibrata, oltre che sorretta da un solito retroterra giurisprudenziale. E ciò pur rimanendo in sé – per altre ragioni – una pronuncia «culturalmente rivoluzionaria»⁵²³.

Per altro verso, questo utilizzo della legge sulle DAT come coordinata della parte ricostruttiva della sentenza del 2019⁵²⁴ – rispetto al quale la Corte non è stata priva

⁵²² Com'è stato evidenziato, proprio perché si tratta di diritti fondamentali la sentenza n. 242 del 2019 «ha valore dichiarativo, non costitutivo di quei diritti» (M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 229). Seppure, riflettendo intorno al caso, non sia mancato chi ne ha tratto la conclusione che il «judicial activism is the only way to transform an assisted-suicide claim into a proper right» (M. BONINI, *From Separation of Powers to Superiority of Rights: the Italian Constitutional Court and End-of-life decisions (the Cappato Case)*, in M. Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law. Jurisdictionalization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London-New York, 2020, 118).

⁵²³ M. DONINI, *Libera nos a malo*, cit., 226.

⁵²⁴ In letteratura, proprio l'approvazione nel 2017 della legge sulle DAT è stata utilizzata per rilevare come in realtà nel caso in questione la Corte non si trovasse dinanzi a «un legislatore assente, o volutamente in ritardo»: argomento alla luce del quale è stata mossa la critica per cui essa avrebbe dovuto optare per un maggiore *self-restraint* (A. D'ALOIA, *Dal rifiuto di cure al suicidio medicalmente assistito. Riflessioni sulla 'svolta' della Corte costituzionale*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 148 ss.). Appare tuttavia dubbio che il problema centrale in termini di necessità costituzionale fosse l'inerzia legislativa, anche perché

di margini di scelta nel definire la procedimentalizzazione⁵²⁵ – è sintomo di una sensibilità verso la tutela dei diritti che si accompagna però alla consapevolezza della loro complessa dimensione interrelazionale e delle conseguenze che potrebbero derivare da un approccio poco attento alle implicazioni delle differenti ipotesi di soluzione del caso⁵²⁶. Del resto, è proprio il ricorso all'argomento

– lo si è cercato di dimostrare – nel caso *Antoniani-Cappato* non c'è stato alcun bilanciamento, ma l'affermazione di un diritto fondamentale dinanzi al cui esercizio qualsiasi scelta di criminalizzazione era destinata all'illegittimità costituzionale. In una diversa prospettiva, anziché rinvenire nella relativamente recente approvazione della legge sulle DAT un argomento contrario all'opportunità di un intervento del giudice costituzionale, si è detto che invece proprio attraverso questo utilizzo in chiave ricostruttiva della legge la Corte avrebbe replicato «un orizzonte assiologico già recepito in tema di fine vita dal legislatore democratico» (G. FIANDACA, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 272).

⁵²⁵ Quanto alle scelte della Corte circa la procedimentalizzazione, merita in particolare di essere riportata una severa critica mossa alla previsione del requisito del parere del comitato etico territorialmente competente, definita «una pietra tombale per il riconoscimento del diritto al “suicidio” nelle condizioni riconosciute dalla Corte» e paragonata ad altri casi in cui, in passato, la Corte avrebbe impedito l'esercizio di alcuni diritti fondamentali proprio attraverso la previsione di determinati requisiti (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 *Oss. cost.*, 1, 2020, 299; critico circa l'introduzione di questo requisito anche P. FEMIA, *Dinanzi al dolore della parte. Il dovere costituzionale di fare regole con sentenze*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 259). Interessante osservare come, partendo da una prospettiva completamente diversa, la procedura elaborata dalla Corte sia stata criticata anche osservando che invece l'«unico limite davvero incisivo» in relazione all'ammissibilità dell'aiuto al suicidio sarebbe rappresentato dall'esigenza che siano in atto terapie di sostegno vitale – un elemento però ampiamente critica da altri commentatori. Si è in particolare osservato che proprio il superamento di questo limite sarebbe il «passo successivo» ricercato dai sostenitori dell'ingresso dell'eutanasia nel diritto italiano nella prospettiva della sua introduzione, e che al contempo la Corte avrebbe precluso, con la sentenza del 2019, ogni possibile dilatazione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 580 cod. pen. (L. EUSEBI, *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2020, 509). Se il primo punto, ossia il tentativo di superare un simile requisito, rientra nel campo delle ipotesi (non a caso non manca chi ha ritenuto questo elemento non costituzionalmente necessario, come ad esempio N. RECCHIA, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht*, cit., 74), in realtà non sembra affatto di potersi scorgere, nella pronuncia, una preclusione al recedere della tutela penale apportata dalle disposizioni di cui all'art. 580 cod. pen., trattandosi semmai dell'esclusione di un'assoluta incompatibilità con la Costituzione di tutte le ipotesi suscumbibili nella fattispecie incriminatrice.

⁵²⁶ Si colloca del resto sempre in questa prospettiva l'individuazione delle «garanzie sostanzialmente equivalenti» per quanto concerne i fatti anteriori alla declaratoria d'illegittimità costituzionale (sentenza n. 242 del 2019, punto 7 del *Considerato in diritto*). Un punto sul quale comunque non sono mancate critiche, fra cui quella di «aver collocato la figura di Marco Cappato sullo sfondo dell'argomentazione della Corte», il che avrebbe portato la Corte a dover «forzatamente» elaborare un dispositivo con «contenuto diversificato e transitorio in materia penale» (G. D'ALESSANDRO, *La Corte costituzionale e lo “strano caso” della decisione in due tempi della vicenda “Cappato-Antoniani” sull'aiuto al suicidio*, in Id. e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 142 ss.). Invero, rispetto alla diversificazione tra fatti commessi prima e dopo la pubblicazione della sentenza del 2019 nella Gazzetta ufficiale, al netto dell'indubbia incidenza del caso concreto – che è però connaturata alla struttura del giudizio in via incidentale – non sembrano emergere particolari tensioni con la necessità costituzionale rispetto al fatto che si trattasse di una questione in materia penale.

conseguenzialista⁵²⁷ che porta la Corte a escludere l'opzione dell'annullamento 'secco' e a seguire invece la via della manipolazione: scegliere diversamente avrebbe infatti significato l'insorgere di una lacuna – poco importa se essa fosse reale o apparente⁵²⁸ – e la conseguente accettazione del rischio di «vuoti di disciplina» da cui avrebbe potuto derivare una lesione per altra via dei diritti fondamentali «delle persone più deboli e vulnerabili»⁵²⁹. A una più radicale idea di autodeterminazione nel fine-vita che avrebbe portato al totale annullamento delle fattispecie di aiuto al suicidio⁵³⁰ si oppone dunque una *via media* che «non deriva da un bilanciamento con un altro principio costituzionale ma da una individuazione degli effetti delle interferenze di terzi sulla formazione dell'identità di chi reclama il diritto all'autodeterminazione»⁵³¹. Un limite che probabilmente sarà ritenuto non accettabile in una prospettiva di anti-paternalismo giuridico integrale, ma che prova al tempo stesso la non necessaria sovrapponibilità della *tutela del diritto alla vita*

⁵²⁷ L'argomento conseguenzialista, insegnava Luigi Mengoni, può essere inteso in due modi. In un'accezione giuspositivistica esso trova il proprio tradizionale fondamento nell'argomento che tenga conto delle *conseguenze pratiche immediate* nel quadro del canone logico-sistematico o del canone teleologico, in una prospettiva che in Italia sarebbe tutta interna all'art. 12 disp. prel. cod. civ. In quest'ottica, l'argomento «sposta la discussione sulle conseguenze delle norme giuridiche all'interno del sistema integrandola nell'analisi della struttura linguistica e concettuale dei testi normativi»; in breve, in questi casi l'argomento pragmatico che se ne trae «è risolutivo solo se può essere trasformato in una giustificazione in base a principi, ossia in un argomento sistemico». In una seconda accezione, che viene invece definita «postpositivistica», l'argomento conseguenzialista trova il proprio punto di caduta nella considerazione delle *conseguenze pratiche mediate*, ovverosia «esterne al sistema giuridico, che la decisione ipotizzata presumibilmente produrrebbe nel tessuto sociale»: una declinazione dell'argomento che già a metà degli anni Novanta veniva ritenuta in crescente diffusione, le cui cause sono state individuate nel pluralismo sociale contemporaneo e nei mutamenti intercorsi fra legislazione e giurisprudenza e, a cascata, fra scienza giuridica e giurisprudenza (L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 1 ss., 4 ss.).

⁵²⁸ Sentenza n. 242 del 2019, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁵²⁹ Ordinanza n. 207 del 2018, punto 6 del *Considerato in diritto*, ripreso espressamente nella sentenza n. 242 del 2019, punto 2.2 del *Considerato in diritto*. Argomento che in fondo sembrerebbe riecheggiare pure nell'importante sentenza n. 50 del 2022 (rel. Modugno) con la quale è stata dichiarata l'inammissibilità della richiesta di referendum relativa al reato di omicidio del consenziente (art. 579 cod. pen.) in particolare nel passo in cui si legge che «Quando viene in rilievo il bene della vita umana, dunque, la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua tutela minima». Argomento che, lungi dal portare la Corte a identificare in fattispecie penali come questa leggi «a contenuto costituzionalmente vincolato», implica più semplicemente l'individuazione nel tessuto normativo di discipline che «possono essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali esse si saldano» (punto 5.3 del *Considerato in diritto*).

⁵³⁰ Definisce espressamente «di stampo paternalistico» l'apertura delle due decisioni proprio alla luce della considerazione per cui la disposizione di cui all'art. 580 cod. pen. non è stata ritenuta di per sé contraria alla Costituzione L. BOZZI, *La Corte costituzionale sul "caso Cappato": bilanciamenti cercati, equilibri trovati, interrogativi irrisolti*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 61.

⁵³¹ C. PINELLI, «Diritto di essere se stessi» e «pieno sviluppo della persona umana», in *Riv. AIC*, 4, 2021, 325.

con l'affermazione di una sua presunta *indisponibilità*.

In definitiva, il caso *Antoniani-Cappato*, riflettendo soltanto con più evidenza di altri il perenne, latente conflitto fra garanzie costituzionali e democrazia⁵³², restituisce un'istantanea di sintesi di linee giurisprudenziali in cui, con alterne fortune, la Corte costituzionale ha tentato di implementare la sua azione a tutela dei diritti pur essendo concepita come giudice delle leggi⁵³³; il tutto con la consapevolezza di muoversi su un equilibrio fragile, specialmente quando si è trattato di sindacare la legittimità di norme penali. Lo stesso termine di un anno, oggetto di critiche per il suo tratto discrezionale⁵³⁴, era in fondo funzionale a rispettare le prerogative democratiche⁵³⁵ senza però che l'organo rinunciasse a

⁵³² Un'ampia e profonda riflessione di un autorevole penalista intorno al rapporto fra diritto penale e suicidio si è conclusa con una «presa di distanza», con la prospettazione di «una lettura dei principi costituzionali come *garanzia e delimitazione di uno spazio aperto* a politiche del diritto (anche del diritto penale) fra loro diverse», ma a partire da fondamentali condivisi, quali il diritto alla vita, la dignità e la libertà della persona e il pluralismo delle visioni del mondo. E tuttavia, si è chiosato, «riconoscere uno spazio di non illiceità dell'aiuto al suicidio è una presa d'atto della drammaticità dell'esistenza» (D. PULITANO, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 7, 2018, 75 ss.).

⁵³³ Questa vicenda è stata letta come l'ennesimo sintomo che dimostrerebbe come la Corte si sia «inevitabilmente evoluta da custode della Costituzione a interprete della Costituzione» (A. CELOTTO, *Suicidio assistito e ruolo della Corte costituzionale nella forma di governo*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 107). Sulla stessa linea tematica del mutamento nei rapporti fra poteri, sebbene in un'ottica decisamente critica, si parlato anche di «direttive» indirizzate al legislatore e di «*excès de pouvoir*» della Corte costituzionale, che nella vicenda si sarebbe «sostituita al legislatore, al di fuori ed anzi in difetto di titolo» (M. ESPOSITO, *Brevissime considerazioni critiche sulle "direttive" formulate dalla Corte costituzionale per la modifica dell'art. 580 c.p.*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 237 e 243). In una prospettiva simile era stato paventato il rischio che il Parlamento si sentisse vincolato a dar seguito all'ordinanza interlocutoria, dando così un sostanziale avallo a quanto già deciso a Palazzo della Consulta (L. EUSEBI, *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2018, 1313 ss., nonché in *disCrimen*, 19 dicembre 2018, 9). E dell'ordinanza interlocutoria è stata pure detto che nonostante vi si declamasse rispetto per la discrezionalità legislativa, a cui la Corte avrebbe affidato vari profili da disciplinare, sarebbe stato nella realtà lasciato al Parlamento «solo il dettaglio» (C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto di altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 2481). Va comunque segnalato che anche nella letteratura più critica non è mancato chi, al netto di numerose altre perplessità, ha riconosciuto essere forse «oggettivamente forzato» parlare di «direttive» consegnate al legislatore (A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie*, cit., 107).

⁵³⁴ Pur riconoscendo alla tecnica adoperata dalla Corte vari meriti, esprime ad esempio perplessità circa la discrezionalità nel decidere il giorno della trattazione della causa nella successiva udienza A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (note ricostruttive)*, in *Riv. AIC*, 2, 2023, 129.

⁵³⁵ Tanto che si è parlato di «un *self restraint* denso di attenzione al rispetto dei ruoli e delle responsabilità istituzionali» (S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 3, 2018, 168). In senso critico si è però posta in dubbio la natura realmente collaborativa del rinvio, facendosi notare che l'ordinanza n. 207 del 2018 «conteneva integralmente il contenuto dell'illegittimità costituzionale che, poi, è stata ripetuta, con qualche ritocco, nella sentenza pronunciata allo scadere del termine» (così, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021,

esercitare la sua fondamentale funzione di giudice della legittimità costituzionale delle leggi⁵³⁶.

Un caso da cui si trae pure una peculiare visione della stessa tutela dei diritti che riflette con coerenza l'idea di persona umana che trascorre la Costituzione repubblicana: un'idea intrinsecamente relazionale. Un'idea di persona che anche in ipotesi così tragiche non annulla dunque del tutto le possibilità d'intervento dei pubblici poteri, anche sul piano della discrezionalità legislativa⁵³⁷, come la stessa Corte ha in fondo riconosciuto facendo salva la «cintura protettiva» del reato di aiuto al suicidio⁵³⁸. Anzi, guardando alla dimensione dell'effettività, che è la dimensione propria dei diritti fondamentali, si potrebbe arrivare a dire senza particolari timori di smentita che gli apprendimenti giurisprudenziali non sono sempre sufficienti ad assicurarla⁵³⁹; anche da questo punto di vista, che non esclude affatto ma si aggiunge al dovere di assicurare un fisiologico spazio alle logiche democratiche, una latitudine sufficientemente ampia della discrezionalità legislativa sembrerebbe rientrare nel costituzionalmente necessario. E ciò al netto del fatto che si condivida o meno l'idea che il Parlamento sia «l'ultimo posto al mondo dove fare una legge sul fine-vita»⁵⁴⁰.

10. Prime conclusioni.

Tentando di riassumere i dati raccolti finora è ancora una volta opportuno tenere

198).

⁵³⁶ Prospettiva non condivisa da chi ha parlato di una sentenza con cui la Corte, «apparentemente rispettosa della discrezionalità del Parlamento, ma in realtà creatrice *ex nihilo* del diritto», si sarebbe spinta «ai confini massimi del controllo di costituzionalità» con un «approccio ispirato al massimo attivismo», sancendo la fine delle rime obbligate e sostituendosi al legislatore (E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in Oss. cost., 1, 2020, 310 ss., 315).

⁵³⁷ Nell'opposta prospettiva della discrezionalità legislativa come limite al sindacato di legittimità costituzionale, si è detto che essa assurgerebbe appunto a «limite relativo» che sarebbe possibile superare nel caso in cui l'inerzia legislativa produca «omissioni incostituzionali» che sarebbe inaccettabile permanessero *sine die*, e ciò per evitare di giungere a una situazione di sostanziale 'abdicazione' da parte della Corte alla sua funzione «di rendere giustizia costituzionale». Così M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 664.

⁵³⁸ Chiaramente il discorso muterebbe significativamente ove si accettasse la premessa che, *tout court*, inizio e fine-vita «appartengano all'area del "non normato" costituzionale», secondo la prospettiva indicata da A. RUGGERI, *Fine-vita (problemi e prospettive)*, in *Consulta OnLine*, I, 2023, 135, il quale argomenta circa l'opportunità di disciplinare la materia attraverso una legge costituzionale (ivi, 118).

⁵³⁹ Non a caso, nel quadro di un'analisi sull'effettività del diritto alla salute è stato osservato che proprio alla luce del caso *Antoniani-Cappato* «i fatti dimostrano che la decisione del giudice costituzionale e l'impulso da esso inviato al legislatore non sono ancora sufficienti a garantire l'effettività del diritto a un fine-vita dignitoso alla persona», e ciò proprio alla luce del fatto che l'inerzia legislativa circa la regolazione del procedimento funzionale all'esercizio del diritto riconosciuto dalla Corte si starebbe traducendo «in una sostanziale vanificazione dell'approdo giurisprudenziale». Così, D. MORANA, *L'effettività del diritto alla salute "oltre le Corti": vecchie e nuove questioni*, in *Riv. Dir. Comp.*, 1, 2022, 27.

⁵⁴⁰ Secondo la – forse neanche troppo – retorica provocazione di M. BARBERIS, *Ma il Parlamento non sarà l'ultimo posto al mondo dove fare una legge sul fine-vita?*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 21 ss.

distinte le tre macro-declinazioni della discrezionalità legislativa in materia penale individuate nelle prime pagine di questo studio: A) la costruzione delle fattispecie, B) la configurazione delle sanzioni, C) la disciplina degli istituti della punibilità non riconducibili né a fattispecie né a sanzioni.

A) Quanto alla *costruzione delle fattispecie*, i cambiamenti più rilevanti degli ultimi anni sembrerebbero in realtà legarsi non tanto a una riduzione generalizzata della discrezionalità legislativa – che non è dato riscontrare – quanto a *una certa interpretazione di specifiche disposizioni costituzionali in tema di diritti fondamentali che ha implicato un necessario spostamento dell'asse del dover essere costituzionale* e, di conseguenza, degli stessi spazi di legittimo esercizio della funzione legislativa. Il che è talvolta accaduto alla luce di questioni inedite, nelle quali la Corte costituzionale ha inaugurato nuove soluzioni processuali funzionali ad assicurare una possibilità d'intervento al legislatore riservandosi però di rendere giustizia in caso di una sua inerzia, come ad esempio nelle vicende che hanno avuto ad oggetto il reato di aiuto al suicidio⁵⁴¹ e quello di diffamazione a mezzo stampa⁵⁴². B) Quanto alla *configurazione delle sanzioni* il discorso è completamente differente. La giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio presenta infatti tutta una serie di elementi di novità: *il definitivo affermarsi di un parametro costituzionale alla luce del quale sindacare la sanzione in sé e per sé, l'irrompere con esso di tutta una serie di topoi argomentativi legati alla normatività del principio di offensività* e, a completamento di questo passaggio, *il dichiarato superamento del canone delle rime obbligate implicano una vera e propria, generale riduzione degli spazi di discrezionalità legislativa*⁵⁴³. Anche su questa dorsale peraltro, in comunanza con la prima, i cambiamenti – su questo fronte maggiori che nel caso della definizione delle fattispecie – sono tutti orientati alla luce del declamato fine della tutela dei diritti fondamentali. Anzi, forse è proprio la maggiore incidenza sui diritti fondamentali della norma sanzionatoria rispetto alla fattispecie⁵⁴⁴ a spiegare perché questa dimensione teleologica abbia portato nell'ultimo decennio a una riduzione della discrezionalità legislativa più netta sul fronte delle pene rispetto a quello dei reati. E non a caso, è proprio sulle pene che si appunta pure gran parte dell'importante sviluppo rappresentato dalla progressiva estensione delle garanzie proprie del diritto costituzionale penale al diritto amministrativo punitivo⁵⁴⁵.

C) Quanto agli *altri istituti della punibilità*, il discorso diventa meno lineare. Ad ogni modo, tentando un'almeno approssimativa schematizzazione degli assestamenti giurisprudenziali relativi a questa forma di esercizio della funzione legislativa penale, va evidenziato che *l'irrigidimento del sindacato della Corte in tema di automatismi anche in materia penale*⁵⁴⁶ – pensiamo alle linee

⁵⁴¹ Il riferimento va ovviamente al caso Cappato-Antoniani (ordinanza n. 207 del 2018 e sentenza n. 242 del 2019) su cui ci siamo soffermati *supra* (III.9).

⁵⁴² Ordinanza n. 132 del 2020 e sentenza n. 150 del 2021, secondo uno schema processuale analogo a quello abbracciato nella vicenda Cappato-Antoniani.

⁵⁴³ III.3. Si vedano in particolare i già individuati *leading case* rappresentati dalle sentenze n. 236 del 2016, n. 222 del 2018, n. 40 del 2019, n. 28 del 2022 e n. 244 del 2022.

⁵⁴⁴ La quale pure è tutt'altro che irrilevante, rispetto al discorso sulla limitazione delle libertà.

⁵⁴⁵ Come abbiamo evidenziato in III.6.

⁵⁴⁶ Si veda III.5. Si vedano la più volte richiamata sentenza n. 222 del 2018 in tema di pene fisse, le

giurisprudenziali in tema di pene fisse⁵⁴⁷, oltre a quelle in tema di recidiva e reati ostativi – *la progressiva espansione normativa del finalismo rieducativo*⁵⁴⁸ e *l'estensione del divieto di retroattività delle norme penali nel campo dell'esecuzione*⁵⁴⁹ hanno portato a una riduzione della discrezionalità legislativa nell'approntare la disciplina di tutta una serie di istituti, spesso attinenti al diritto penitenziario⁵⁵⁰. Una dorsale su cui non soltanto il fine della tutela effettiva dei diritti è stato non meno decisivo rispetto alle prime due, ma sulla quale ha addirittura portato la Corte ad aprire più di una volta un canale di dialogo con la Corte di giustizia dell'Unione europea, sia in relazione alla celeberrima vicenda Taricco⁵⁵¹, sia in relazione ad alcune questioni in tema di mandato d'arresto europeo⁵⁵².

sentenze n. 183 del 2011, n. 251 del 2012, n. 105 e n. 2016 del 2014, n. 185 del 2015, n. 74 del 2016, n. 205 del 2017, n. 73 del 2020, n. 55 del 2021 in tema di recidiva, le sentenze n. 306 del 1993, n. 239 del 2014, n. 76 del 2017, n. 149, n. 174 del 2018, n. 253 e n. 263 del 2019, n. 85 del 2024 e le ordinanze n. 97 del 2021, n. 122 e n. 227 del 2022 in tema di reati ostativi.

⁵⁴⁷ Linea giurisprudenziale che si colloca evidentemente in un punto d'intersezione fra i due filoni del giudizio sulla ragionevolezza delle pene e di quello in tema di automatismi.

⁵⁴⁸ Su cui si veda III.4.

⁵⁴⁹ Su cui si veda III.8.

⁵⁵⁰ Pensiamo qui, fra le tante, all'importante sentenza n. 10 del 2024 (rel. Petitti) sul diritto all'affettività in carcere.

⁵⁵¹ Ordinanza n. 24 del 2017 e sentenza n. 115 del 2018, su cui si veda I.6.2.

⁵⁵² Pensiamo qui alle vicende decise con le sentenze n. 177 e n. 178 del 2023, precedute dai due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia attraverso le ordinanze n. 216 e n. 217 del 2021 (rel. Viganò). Con la sentenza n. 177 del 2023 la Corte costituzionale ha ritenuto infondata attraverso un rigetto interpretativo la questione di legittimità degli artt. 18 e 18-bis legge n. 69 del 2005 («Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri») prospettata rispetto agli artt. 2 e 32 Cost., dopo che la Corte di giustizia aveva chiarito (Grande Sezione, *E.D.L.*, 18 aprile 2023, C-699/21) che, posta la persona «dinanzi ad un rischio reale di essere esposta ad un declino grave, rapido e irreversibile del proprio stato di salute o ad una riduzione significativa della propria aspettativa di vita» (§41) l'autorità giudiziaria dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo può sospendere la consegna. Con la sentenza n. 178 del 2023 la Corte era invece chiamata a decidere della legittimità dell'art. 18-bis, comma, 1, lett. c), legge n. 69 del 2005 nella parte in cui non prevedeva il rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea che avesse uno stabile radicamento nel territorio italiano, per consentirgli di scontare la pena in Italia. Qui, a fronte dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 217 del 2021, la Corte di giustizia (Grande Sezione, *O.G.*, 6 giugno 2023, C-700/21) conferma che la possibilità di rifiuto dell'esecuzione rispetto a persone sufficientemente integrate nello Stato membro debba applicarsi anche ai cittadini di paesi terzi, dal che la Corte costituzionale giunge poi a dichiarare l'illegittimità della norma censurata, limitando rispetto alla normativa in tema di mandato d'arresto europei in vigore a partire dal 2021 la facoltà del rifiuto ai cittadini extraeuropei residenti in Italia da almeno cinque anni. Nella nostra prospettiva di analisi questa seconda decisione è decisamente interessante anche alla luce delle intersezioni normative proprie dei parametri costituzionali alla luce dei quali la Corte ha accolto la questione. Se infatti si trattava da un lato di decidere alla luce degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 4, punto 6, decisione quadro 2002/584/GAI, dall'altro il secondo parametro rispetto al quale viene accertata la violazione – e che precede l'assorbimento delle rimanenti questioni – è l'art. 27, terzo comma, Cost., ovvero sia il finalismo rieducativo che deve connotare le pene. Secondo F. SAITTO, *Al di là della "regola Granital". Individuazione del parametro in due sentenze della Corte costituzionale in materia di mandato d'arresto europeo*, in *Giur. cost.*, 2023, 2226, questo richiamo al secondo parametro costituzionale (punto 4.6 del *Considerato in diritto*) «conferma, infatti, l'intenzione della Corte

Tentando di trarre da queste linee di tendenza dei fini comuni, sembrerebbe che una riduzione della discrezionalità legislativa rispetto a specifiche forme normative ci sia effettivamente stata. Il che però non potrebbe che legarsi alla *riconsiderazione dei parametri di giudizio* e all'*autocomprensione della Corte costituzionale rispetto alle proprie possibilità d'intervento*.

Quanto ai parametri di giudizio, nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni sono emersi dei limiti negativi ascrivibili o all'interpretazione delle disposizioni relative ai *diritti fondamentali*, o – rimando al diritto costituzionale penale – al *divieto di retroattività*; limiti che, chiamati puntualmente in causa dai giudici rimettenti, hanno talvolta portato ad accoglimenti clamorosi, se non addirittura storici⁵⁵³. In questi casi, l'esercizio illegittimo di funzione legislativa – talvolta risalente agli anni del fascismo⁵⁵⁴ – finisce per configurare un vizio di violazione diretta della Costituzione: non c'è alcun bilanciamento, non c'è alcuna valutazione di ragionevolezza⁵⁵⁵; c'è invece la violazione di specifici divieti.

Altri parametri rilevanti hanno invece riguardato principi costituzionali alla luce dei quali la funzione legislativa poteva, in caso di esercizio illegittimo, configurare un vizio funzionale, e dunque forme di irragionevolezza manifesta. Anche se qui è opportuno precisare come in realtà a parametri che hanno effettivamente subito una riconsiderazione nel senso dell'ascrizione di una più pregnante normatività – finalismo rieducativo, proporzione sanzionatoria, determinati diritti fondamentali nello spazio carcerario e in parte anche il divieto di *bis in idem* – se ne affiancano altri che conservano una loro normatività, già sufficiente a limitare e conformare la discrezionalità legislativa garantendo in molti casi una tutela effettiva dei diritti fondamentali – o riducendo il grado della loro compressione⁵⁵⁶. L'esempio

costituzionale di raccogliere le aperture della Corte di giustizia, affiancando la possibilità di usare il solo parametro nazionale letto alla luce del diritto costituzionale europeo alla tecnica del parametro interposto attraverso cui è possibile utilizzare indirettamente la Carta come parametro di giudizio», il che avrebbe reso particolarmente opportuno a giudizio dell'autore «un ulteriore approfondimento» intorno alle «condizioni di operatività nei diversi ordini di questioni» perché, soltanto in caso di «parziale determinazione» sarebbe ipotizzabile, stando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, «una “doppia pregiudizialità” in senso stretto in cui sono allo stesso tempo applicabili sia i diritti della Carta sia quelli della Costituzione, ed è consentito teoricamente all'ordinamento nazionale garantire un livello più alto di tutela, seppur nel rispetto dei “limiti Melloni”». Il che chiama in causa la possibilità di ulteriori forme di integrazione interordinamentale anche nel campo del diritto costituzionale penale, in una prospettiva non soltanto volta all'apertura, ma soprattutto funzionale – come detto più volte – a implementare la tutela effettiva dei diritti fondamentali in consonanza con le pur complesse logiche di funzionamento del *judge-made system* europeo. Una progressiva introiezione costituzionale della legalità espressa dal diritto dell'Unione – e, per altri aspetti già approfonditi in precedenza, di quella CEDU – che, a cascata, ha poi precise ricadute in termini di limitazione e conformazione della discrezionalità legislativa.

⁵⁵³ Basti pensare anche soltanto alla sentenza n. 32 del 2020, con la quale il divieto di retroattività vede espandersi la propria normatività all'esecuzione penale.

⁵⁵⁴ Pensiamo ancora una volta, ad esempio, al caso Cappato-Antoniani e alla formulazione dell'art. 580 cod. pen. risalente come tutto il testo originale del codice Rocco al 1930.

⁵⁵⁵ Che è esattamente ciò che avviene, ad esempio, proprio nel caso Cappato-Antoniani.

⁵⁵⁶ Si veda ad esempio la sentenza n. 63 del 2022 in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, in cui la Corte costituzionale giunge ad accogliere una questione di legittimità relativa a un'aggravante nell'ambito di un giudizio svolto alla luce del principio di eguaglianza, per definizione triadico – nonostante il giudice rimettente prospettasse anche una questione di

principale di questi sviluppi è probabilmente rappresentato dall'individuazione, per ciò che concerne le norme sanzionatorie, del parametro della proporzione fra gravità del reato e pena edittale, espresso dal combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.: quest'operazione interpretativa consente alla Corte di prescindere dal giudizio di eguaglianza nel sindacare le norme sanzionatorie, il quale benché non sia scevro da ampi spazi valutativi, ne imbriglia senz'altro di più gli schemi argomentativi. E così, emerge *un nuovo parametro*, che si accompagna a *nuove forme di giudizio sulle norme sanzionatorie* sostenute da *nuovi topoi argomentativi* sia in fase di valutazione dell'ipotetica irragionevolezza – tutti tendenzialmente riconducibili a indici di offensività – sia nella fase d'individuazione delle 'rime possibili' in caso di accertata incostituzionalità – tutti essenzialmente funzionali a sostenere l'adequatezza di «precisi punti di riferimento»⁵⁵⁷ rinvenuti nella legislazione.

Si tratta di assestamenti che portano con sé tutta una serie di ulteriori elementi di un certo rilievo.

Un primo elemento d'interesse riguarda l'emergere di un dover essere ricorrente: *la necessità di assicurare al giudice un'adequata latitudine valutativa in fase interpretativo-applicativa, per evitare il configurarsi di vizi d'irragionevolezza nel tessuto legislativo*. Detto in termini altri termini, la garanzia di questo spazio interpretativo lega a doppio filo la funzione della Corte costituzionale a quella dell'autorità giudiziaria e a quella del legislatore, perché una legge più flessibile tende a rispondere assai meglio alla logica del probabile nel passaggio dalla disposizione alla norma, nel passaggio interpretativo-applicativo in cui il diritto si misura col caso concreto. Il che aiuta a spiegare perché ci sia stata una riduzione della discrezionalità legislativa anzitutto sulla configurazione di minimi edittali troppo elevati e perché molte pronunce di accoglimento abbiano riguardato forme di automatismo legislativo.

Un secondo elemento rilevante è invece rappresentato dall'impatto della *progressiva introiezione costituzionale della CEDU* sulla giurisprudenza dei giudici di Palazzo della Consulta in materia penale, lampante se ad esempio si pensa alle forme e ai limiti di estensione delle garanzie del diritto costituzionale penale al diritto amministrativo punitivo o alla questione del *ne bis in idem*. In questi ambiti, come si è visto, non soltanto l'introeiezione della CEDU ha portato a una maggiore pregnanza delle disposizioni della Convenzione nel loro assurgere a norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost.; il risultato davvero notevole è infatti la progressiva trasformazione dello stesso parametro, per così dire interno, col passaggio dall'art. 117, primo comma alle disposizioni più specifiche del diritto costituzionale penale. È come se l'introeiezione della Convenzione abbia condotto a una progressiva trasformazione della stessa legalità costituzionale per ciò che riguarda specifiche questioni afferenti alla materia penale. Tra l'altro, come pure si è visto, agli itinerari giurisprudenziali in materia non sono stati neppure estranei importanti profili d'intersezione con il diritto dell'Unione europea.

proporzione sanzionatoria *tout court*.

⁵⁵⁷ Per riprendere il lessico della stessa Corte costituzionale (si veda, fra le varie, la sentenza n. 222 del 2018).

A questi aspetti si salda poi, completando il definitivo passaggio a un nuovo corso giurisprudenziale, un terzo elemento, *il passaggio dalle rime obbligate alle rime possibili, funzionale a consentire alla Corte costituzionale di rendere giustizia anche attraverso dispositivi fortemente manipolativi in casi in cui, in anni passati, avrebbe optato* – conservando peraltro una coerenza interna con gli orientamenti precedentemente assunti – *per l'inammissibilità*.

Ci si può chiedere se alla luce di questi sommovimenti quella in materia penale possa esser ancora considerata una discrezionalità legislativa ‘privilegiata’. Il che chiama ancora una volta in causa l’individuazione di due profili logicamente distinti: A) *l’individuazione degli spazi di discrezionalità legislativa* da un lato e B) *le possibilità d’intervento della Corte costituzionale di fronte a un’illegittimità accertata dall’altro*⁵⁵⁸.

A) Rispetto ai decenni precedenti, l’individuazione della latitudine della discrezionalità legislativa è cambiata – come del resto è avvenuto più volte anche in passato – rispetto a varie forme del suo esercizio. Sul punto, la nostra analisi evidenzia una riduzione relativa – pur con i dovuti *caveat* del caso – essenzialmente alla scelta delle sanzioni e alla disciplina di specifici istituti della punibilità; riduzione riconducibile, come detto, alla ridefinizione dell’interpretazione delle norme-parametro ascritte a certe disposizioni costituzionali, il che non poteva che avere conseguenze sul sindacato della legittimità delle norme-oggetto tratte dalle disposizioni legislative. Certo, si potrà aggiungere che questa ridefinizione degli spazi di discrezionalità si accompagna a elementi di apertura della legalità costituzionale a forme d’integrazione delle norme-parametro attraverso la legalità CEDU e il diritto dell’Unione europea; e tuttavia, se si trattasse soltanto di questo la novità dell’ultimo decennio di giurisprudenza in materia penale risiederebbe in fondo soltanto in uno spostamento dell’asse del dover essere costituzionale maggiore di quello dei decenni precedenti. Ma evidentemente l’analisi delle pagine precedenti restituisce pure un secondo, fondamentale elemento di novità. Che a riprova di quanto i due aspetti siano a loro modo legati a doppio filo, riguarda esattamente le possibilità d’intervento della Corte.

B) Il fatto che la Corte costituzionale abbia progressivamente ampliato le proprie possibilità d’intervento si accompagna alla sua più spiccata autocomprensione di giudice – delle leggi – chiamato a garantire la tutela effettiva dei diritti fondamentali, e soprattutto a un diverso dover essere: l’individuazione di spazi di discrezionalità legislativa risponde infatti a una necessità costituzionale rivolta al legislatore; questo secondo profilo riguarda invece una necessità costituzionale rivolta essenzialmente alla Corte. Ed è su questo fronte che, sebbene permangano come in passato zone franche dal sindacato di legittimità costituzionale dovute alla peculiare lettura data dalla Corte costituzionale alla riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.⁵⁵⁹, le cose sono molto cambiate. Il fatto che la

⁵⁵⁸ Come abbiamo cercato di evidenziare in II.8.

⁵⁵⁹ Si veda ancora, da ultima, la sentenza n. 84 del 2024 (rel. Viganò) in tema di detenzione domiciliare sostitutiva (si veda in particolare il punto 2.2.3 del *Considerato in diritto*, dove la Corte motiva l’inammissibilità della questione prospettata alla luce del fatto che la norma censurata non costituiva *lex specialis* rispetto a una disciplina penale generale, la quale avrebbe in caso visto una propria riespansione normativa a seguito dell’annullamento della prima: trattandosi quindi di una

costruzione delle rime obbligate sia caduta dischiude infatti possibilità d'intervento inedita in capo alla Corte; aspetto che legandosi alla parallela riduzione degli spazi di discrezionalità legislativa di cui abbiamo detto implica un netto mutamento nella giurisprudenza costituzionale.

Se pensiamo alla lettura che la Corte dà alla riserva di legge penale, un ultimo tratto di 'privilegio' della discrezionalità legislativa in materia in effetti rimane. Ma è un privilegio che si è molto ridimensionato nel tempo, anche alla luce della progressiva individuazione di varie eccezioni al principio dell'inammissibilità che ne deriva. Piuttosto, ci si può oggi interrogare su cosa di quell'ampia discrezionalità legislativa rimane in piedi al di là di questo tratto di specialità.

Una discrezionalità che rimane evidentemente molto ampia nella costruzione della fattispecie, pur nei limiti del divieto di criminalizzare l'esercizio di diritti fondamentali – divieto, precisiamo, comunque valido anche in passato. Una discrezionalità ridotta sull'individuazione delle pene edittali, ma comunque passibile di dipanarsi negli ampi spazi lasciati aperti dalla logica del probabile, dal ricco spettro delle possibilità racchiuse fra i poli fra loro così distanti della non manifesta irragionevolezza e dell'irragionevolezza manifesta. Una discrezionalità ridotta in parte, nei termini di cui si è detto, anche rispetto a istituti della punibilità di vario tipo e a scelte normative afferenti al diritto penitenziario.

Una conclusione interlocutoria che, per essere verificata alla luce di un quadro d'analisi più compiuto, necessita a questo punto di una verifica in negativo, funzionale a esaminare gli spazi di discrezionalità legislativa positivamente individuati dalla Corte nell'ultimo decennio, anche nell'ambito delle stesse linee giurisprudenziali che sembrano averli ridotti.

norma non riconducibile alla categoria delle norme penali di favore, vale dunque il generale principio dell'inammissibilità delle questioni in materia penale prospettate *in malam partem*).

IV.

UNA GIURISPRUDENZA IN NEGATIVO. GLI SPAZI DI UNA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA RIDEFINITA.

Sommario: 1. Tracciando un negativo. L'opportunità politica nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. – 2. Discrezionalità legislativa e ragionevolezza delle pene. – 2.1. Le cornici edittali e la logica del probabile. – 2.1.1. La questione del massimo edittale. – 2.2. Le pene fisse e gli indici di adeguatezza «alle concrete manifestazioni del fatto punito». – 2.3. Le pene proporzionali fra coefficienti di computo e indici di offensività. – 2.4. Il concorso fra pene detentive e pene pecuniarie e l'argomento del «complessivo trattamento sanzionatorio». – 2.5. Le rimodulazioni dell'ordinario bilanciamento fra circostanze alla luce di «particolari esigenze di protezione di beni costituzionalmente tutelati». – 2.6. Minime osservazioni sulla pena naturale. – 3. Discrezionalità legislativa e costruzione della fattispecie-base: la «tecnica del ritaglio». – 4. Ancora in tema di automatismi. – 5. Discrezionalità legislativa, offensività, «responsabilità penale d'autore». – 6. Il caso della sospensione del corso di prescrizione del reato durante la pandemia da COVID-19. – 7. La cedevolezza del giudicato costituzionale come fattore di riespansione della discrezionalità legislativa.

1. Tracciando un negativo. L'opportunità politica nella giurisprudenza costituzionale in materia penale.

È stato scritto che, se è vero che la politica può essere letta alla luce delle due distinte nozioni di «*cooperazione*» e «*conflitto*», allora guardando alla giustizia costituzionale il dover essere restituisce l'immagine di «una Corte che non è e deve temere di essere o anche solo di apparire (la descrizione si intreccia con la prescrizione; l'essere con il dover essere; la constatazione con l'esigenza; la realtà con l'apparenza) organo della politica come conflitto, cioè organo politico del secondo tipo». Piuttosto, si dice, una corte costituzionale è «organo politico del primo tipo, politico dunque non nel senso in cui lo sono il parlamento, il governo, i partiti politici, i comportamenti elettorali»⁵⁶⁰. E del resto, fin dalle prime teorizzazioni kelseniane intorno alla giustizia costituzionale il punto centrale del discorso sull'esistenza di una corte costituzionale è sempre stato, oltre a quello del rapporto con il potere politico, quello del suo ruolo che in parte è inevitabilmente, nei sensi di cui si è detto, anch'esso politico. Ancora più a monte, riposano le stesse idee di garanzia della costituzione, che così in profondità hanno innervato il dibattito in Europa almeno a partire dagli anni Trenta dello scorso secolo⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2, 2005, 273 ss.

⁵⁶¹ Partendo dalla polemica fra Carl Schmitt e lo stesso Kelsen su chi dovesse essere «il custode della costituzione»: C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), tr. it. *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981 e H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-31), tr. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di

Detto questo, si ritenga la vocazione profonda di un organo Corte costituzionale italiana una vocazione politica⁵⁶² o una vocazione giurisdizionale⁵⁶³, è certo che l'oggetto del suo sindacato è rappresentato dall'atto politico per eccellenza: la legge. La legge è infatti uno strumento di per sé neutro⁵⁶⁴, che può trovare un impiego in scelte normative progressiste quanto in scelte normative conservatrici, e che alla luce di una costituzione aperta e per principi passibili di integrazione e sviluppo come quella italiana può esser riempita di contenuto nel quadro di un'ampia latitudine discrezionale.

In merito a questo sindacato, abbiamo già evidenziato come neppure la giurisprudenza costituzionale dei primi anni fu mai veramente conformata dal dispiegarsi della normatività dell'art. 28 legge n. 87 del 1953, che con «espressione infelice e criticatissima»⁵⁶⁵ vieta com'è noto «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». È stato anzi detto che questo divieto ha finito in fondo per tradursi in nulla più di «in un generico appello al suo senso del limite, a ciò che si denomina il *self-restraint*»⁵⁶⁶.

Ora, trattandosi in questo studio di individuare la discrezionalità legislativa in materia penale all'interno della giurisprudenza costituzionale, guardare agli spazi di discrezionalità residua è un po' come tracciare una sorta di negativo dell'analisi di quegli assestamenti giurisprudenziali da cui abbiamo tratto i sintomi di una sua riduzione. Si tratta insomma di prendere in considerazione una giurisprudenza «in negativo»⁵⁶⁷, che è tale perché non esprime mai una conformità in positivo della legge alla costituzione, ma la sua «*non contrarietà*» alla luce della questione di legittimità prospettata⁵⁶⁸.

A. Geraci, Milano, 1981.

⁵⁶² Secondo la tesi di F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 19 ss., spec. 54, secondo il quale la Corte assumerebbe una funzione legislativa «collaterale» rispetto a quella del Parlamento.

⁵⁶³ Secondo quella di G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, ivi, 103 ss., spec. 142, il quale evidenziava invece i tratti differenziali tra le funzioni della Corte e quelle del Parlamento – riconducibili a «sfere di potere qualitativamente individuate e non confondibili» (142) – e, sulla base di questi, la natura giurisdizionale dell'attività della Corte.

⁵⁶⁴ A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 47 sottolinea, nell'ambito del discorso sulla riserva di legge, la neutralità dell'atto «sul piano della garanzia dei diritti».

⁵⁶⁵ S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 619.

⁵⁶⁶ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 237. Critico L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti su la giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 221, per il quale «chi si limitasse a dire che l'unico rimedio ai possibili abusi del sindacato giurisdizionale sull'eguaglianza delle leggi consiste nella prudenza e nella capacità di automoderarsi, che deve essere propria dei giudici costituzionali, non farebbe che sostituire o sovrapporre all'arbitrio del legislatore ordinario l'arbitrio dei giudici medesimi».

⁵⁶⁷ G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *op. ult. cit.*, 127.

⁵⁶⁸ *Ibidem*. E del resto, quand'anche si ricorre al canone di ragionevolezza, non si parla mai di *ragionevolezza* o di *irragionevolezza*, ma di *manifesta irragionevolezza* e di *non manifesta irragionevolezza*: come si è osservato, si tratta di «un controllo limitare», dal cui lessico «traspare con evidenza l'intento di preservare, entro il diritto costituzionale inteso come limite, la discrezionalità delle determinazioni legislative» (*ibidem*).

Potrebbe sembrare che le decisioni diverse dall'accoglimento creino, in capo alla Corte costituzionale, meno problemi delle sentenze manipolative in materia penale. In realtà questo può anche esser plausibile nel rapporto fra Corte costituzionale e potere politico, oltre che rispetto a determinate letture date alla riserva di legge penale. Una prospettiva che però non sentiamo di poter condividere, perché i problemi sottesi alle decisioni che fanno salva la discrezionalità legislativa non sono meno gravi di quelli solitamente ascritti all'assai criticato ricorso a dispositivi manipolativi in materia coperta da riserva di legge. Le decisioni che preservano la discrezionalità legislativa – sempre attraverso formule negative, comunque – prestano infatti il fianco, quantomeno in astratto, a quella che è forse la critica più spinosa: quella di *aver opinabilmente individuato spazi riservati a valutazioni di opportunità politica*, rispetto ai quali il sindacato di legittimità costituzionale cede – in ipotesi, ingiustificatamente – il passo all'esercizio di potere legislativo. La Corte si troverebbe così di fronte alla denuncia di «*denegata giustizia costituzionale*»⁵⁶⁹. Se di fronte a un dispositivo manipolativo come quelli utilizzati in molte delle pronunce passate in rassegna la necessità di un rigoroso apparato argomentativo è massima, non meno rigorosa dev'essere quindi la motivazione di non-accoglimento⁵⁷⁰ per discrezionalità legislativa.

L'analisi di questa parte di giurisprudenza costituzionale in materia penale rappresenta dunque l'ideale chiusura del cerchio, in quanto 'negativo' di quella da cui abbiamo tratto i sintomi di una riduzione della discrezionalità legislativa; ed è proprio seguendo la traccia di quei sintomi, sebbene alla luce di un ribaltamento di prospettiva, che la nostra analisi può riprendere il cammino.

2. Discrezionalità legislativa e ragionevolezza delle pene.

La giurisprudenza sviluppatasi dal 2016 intorno alla ragionevolezza delle pene rappresenta forse il sintomo più evidente di una discrezionalità legislativa ridefinita. Si tratta della linea giurisprudenziale fra le più discusse e criticate per via del suo essere anche il punto di partenza del dichiarato superamento delle rime obbligate⁵⁷¹, che porta con sé la complessa questione della latitudine valutativa di cui la Corte costituzionale dispone nell'individuazione degli indici ricostruttivi delle pronunce manipolative. Allo stesso tempo, è una linea giurisprudenziale che in fondo, si potrebbe dire, incide sulle norme penali che in concreto – ammesso che possa farsi un paragone con le fattispecie e gli altri istituti della punibilità – finiscono per

⁵⁶⁹ Riprendendo un'immagine di A. RUGGERI, *La tutela delle situazioni soggettive tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano, 2004, 362 ss.

⁵⁷⁰ Osservava Lorenza CARLASSARE, *Le decisioni d'inaffidabilità e di manifesta infondatezza della*

Corte costituzionale, in *Foro it.*, 7/8, 1986, 302 s. come la distinzione fra decisioni d'inaffidabilità e decisioni di manifesta infondatezza motivate dalla discrezionalità legislativa non sia irrilevante, perché nel primo caso la Corte costituzionale «riscontra o presuppone o almeno non esclude» eventuali vizi di legittimità costituzionale, nel secondo riconosce che la scelta normativa rientra nella «sfera di discrezionalità costituzionalmente insindacabile».

⁵⁷¹ Sebbene, come abbiamo già avuto modo di precisare, non tutti convengano con l'individuazione del superamento di questa costruzione giurisprudenziale nella sentenza n. 236 del 2016.

incidere più gravemente sui diritti fondamentali.

Quel che è certo è che, sul piano prettamente teorico, la riduzione è avvenuta nonostante come abbiamo avuto modo di sottolineare il giudizio alla luce del canone di ragionevolezza rappresenti «un controllo liminare», che oscilla fra le due formule ampie, «di cornice»⁵⁷², della *manifesta irragionevolezza* e della *non manifesta irragionevolezza*. E del resto fra manifesta irragionevolezza e non manifesta irragionevolezza lo spazio lasciato dalla Costituzione alle valutazioni discrezionali del legislatore è tendenzialmente ampio, implicando una pluralità di scelte possibili, tutte costituzionalmente legittime; tant'è che il riferimento della Corte costituzionale al carattere manifesto che l'irragionevolezza deve presentare rappresenta uno dei più ricorrenti *topoi* argomentativi a favore della conservazione della discrezionalità legislativa.

Quello di ragionevolezza è in fondo un controllo appuntato sulla ricerca di un vizio funzionale della legge⁵⁷³ – e non di una violazione diretta della Costituzione⁵⁷⁴ – il cui tratto minimale lo innerva non solo in relazione al sindacato sulle pene, ma anche rispetto a quello su altre norme riconducibili al campo applicativo della riserva di legge penale⁵⁷⁵. Un controllo, soprattutto, che proprio per il suo misurarsi con la ricerca e l'eventuale accertamento di un vizio funzionale va al cuore della questione della discrezionalità legislativa, implicandola in radice.

Ora, rispetto alle pene, questo spazio fra manifesta irragionevolezza e non manifesta irragionevolezza sembrerebbe essersi apparentemente ristretto, ma sul punto dobbiamo fare una precisazione non irrilevante.

Va infatti tenuto conto che in realtà, negli ultimi anni, la Corte costituzionale ha cominciato ad accogliere questioni in passato dichiarate in ammissibili per mancanza di una rima obbligata⁵⁷⁶ alla luce del superamento della costruzione giurisprudenziale che stava alla base di questo dover essere. Il fatto che sia venuta

⁵⁷² G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*. I, cit., 127.

⁵⁷³ Riprendendo l'espressione di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*. II. *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 327.

⁵⁷⁴ Vizio che implica la violazione da parte della legge di un limite costituzionale negativo.

⁵⁷⁵ Aspetti su cui ci siamo ampiamente soffermati *supra* (I.7 e, per alcune precisazioni sulle tipologie di vizi della legge, II.1).

⁵⁷⁶ È ad esempio il caso deciso dalla sentenza n. 40 del 2019 (rel. Cartabia) con la quale è stata accolta la questione di legittimità costituzionale del minimo edittale di otto anni di reclusione previsto per le condotte relative a fatti non lievi in materia di droghe pesanti di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309 del 1990. Pronuncia preceduta da due pronunce d'inammissibilità, la sentenza n. 148 del 2016, in cui la Corte adduce esplicitamente l'argomento dell'esistenza di una pluralità di soluzioni per la parte ricostruttiva di un'eventuale pronuncia manipolativa in accoglimento alla questione, e la sentenza n. 179 del 2017 (pure successiva all'importante decisione n. 236 del 2016) in cui con argomentazioni molto prossime alla prima viene ripreso il *topos* del «rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario». Insomma, una pronuncia d'inammissibilità non implica necessariamente una sorta di patente di conformità della norma alla legalità costituzionale, essendovi casi in cui peraltro la Corte non rinuncia a sviluppare valutazioni di merito intorno allo scarto fra essere e dover essere costituzionale che si verifica per l'esistenza stessa di determinate norme, rispetto alle quali – tuttavia – in passato non ha ritenuto di essere titolata a intervenire. Com'è ad esempio avvenuto nel caso della sentenza n. 279 del 2013 sul sovraffollamento carcerario, in cui la Corte si lascia andare a una tragica manifestazione d'impotenza rispetto alla propria capacità d'individuare un rimedio.

meno la necessità imposta dalle rime obbligate, non implica *necessariamente* che la discrezionalità legislativa si sia ristretta, che la ‘cornice’ – riprendendo il lessico di Zagrebelsky e Marcenò – dello spazio fra manifesta irragionevolezza e non manifesta irragionevolezza si sia ridotta.

Intanto, il primo dato che con buona approssimazione può trarsene è che la Corte, non privandosi più della possibilità di rendere giustizia alla luce di una sua consolidata autolimitazione, ha posto le condizioni di interventi che in passato non avrebbe probabilmente posto in essere. Del resto, lo abbiamo sottolineato, una prima conclusione che sembrerebbe potersi trarre è che, dal 2016 in poi, la Corte costituzionale si ritenga titolare di un arsenale di rimedi più ampio di fronte alle violazioni dei diritti fondamentali attuate attraverso il tessuto legislativo; un arsenale enormemente arricchito dal dichiarato abbandono delle rime obbligate, sebbene non per questo illimitato, in quanto sempre e comunque agganciato a «precisi» indici ricostruttivi presenti nella legislazione⁵⁷⁷.

Certo è che, d’altro canto, da quando la Corte ha reso chiara la sua nuova posizione, le porte di Palazzo della Consulta sono state varcate da varie questioni in tema di dosimetria sanzionatoria in cui il giudice prospettava accoglimenti dalla portata spiccatamente manipolativa; questioni talvolta – lo si è visto – accolte, non sempre senza polemiche⁵⁷⁸.

Se lo spazio della discrezionalità legislativa sulla configurazione delle pene – in particolare sulla loro proporzionalità – si fosse ristretto, dovremmo trarne uno spostamento dell’asse del bilanciamento fra il valore di volta in volta individuato nelle libertà fondamentali compresse dalle scelte di penalizzazione e quello della prevenzione e repressione dei reati verso l’implementazione normativa del primo. Ci si può chiedere quanto questa lettura corrisponda al vero. E la risposta si annida ancora una volta fra le pagine della giurisprudenza costituzionale.

Un sintomo importante, forse addirittura decisivo per dare una risposta alla domanda, risiede non tanto nell’ampio impiego di dispositivi manipolativi orientati alla luce del canone delle rime possibili⁵⁷⁹, quanto in quello che abbiamo in precedenza individuato nel ricorso assai più esteso a forme di giudizio diadico, ovvero a sindacati di ragionevolezza in cui la Corte costituzionale dà un rilievo decisivo alle valutazioni intorno al rapporto tra gravità del fatto commesso e pena astrattamente comminabile. La latitudine valutativa della Corte è, in un giudizio del genere, ancor più ampia di quella pur non risibile che la stessa conserva quando giudica della ragionevolezza del trattamento sanzionatorio alla luce del principio di eguaglianza, per la decisiva ragione che *le valutazioni intorno all’offensività del reato tout court se pure comprendono quelle proprie di un giudizio ternario le*

⁵⁷⁷ Si veda, fra le varie, la sentenza n. 236 del 2016 (rel. Zanon), punto 4.4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁷⁸ Pensiamo ad esempio alla problematica sentenza n. 222 del 2018 in tema di bancarotta, su cui ci siamo ampiamente soffermati *supra* (III.3.2).

⁵⁷⁹ Ricordiamo che affinché la Corte costituzionale ricorra a pronunce di questo tipo è necessario che a) si verta in materia di diritti fondamentali, b) esista un precedente monito indirizzato al legislativo caduto nel vuoto, requisito che però non sembra indispensabile (si veda ad esempio la sentenza n. 244 del 2022) e c) ricorrano nel tessuto legislativo «precisi punti di riferimento» ai quali il dispositivo possa agganciarsi per la sua parte ricostruttiva, non essendo invece necessaria l’esistenza di «una norma avente identica struttura e ratio» (sentenza n. 222 del 2018, punto 8.1 del *Considerato in diritto*).

trascendono, appuntandosi essenzialmente attorno alla possibilità di restituire al giudice comune la possibilità di comminare una pena proporzionata al disvalore dello specifico, concreto fatto oggetto del giudizio principale. È, come sottolineavamo, l'irruzione del concreto in un giudizio che nasce con fortissimi tratti di astrattezza⁵⁸⁰.

Chiaramente, si tratta di considerazioni che – lo abbiamo detto – non escludono il fatto che anche nei giudizi di eguaglianza esista un'ampia latitudine valutativa in capo alla Corte costituzionale nel verificare la ragionevolezza di differenziazioni ed equiparazioni normative. E tuttavia, i *topoi* argomentativi utilizzati mettendo al centro il rapporto tra fattispecie e pene astratte e fatti e pene concrete sono improntati a valutazioni di merito che non godono dell'ulteriore legittimazione nei percorsi argomentativi, se si vuole, di uno schema che fa leva argomentativa su un *tertium comparationis*: queste sono infatti molto poco imbrigliate rispetto a quelle che la Corte porrebbe in essere attraverso le coordinate vincolate di una comparazione fra discipline⁵⁸¹. In breve, la ragionevolezza implica sempre una valutazione della disciplina normativa alla luce della «comunque non raggiungibile varietà del concreto»⁵⁸², ma il vizio funzionale di cui si verifica l'esistenza è differente, a seconda che si faccia riferimento al principio di eguaglianza o a principi differenti.

Nel caso del giudizio d'eguaglianza, le linee argomentative del Giudice delle Leggi non possono prescindere dalla comparazione tra discipline normative: c'è un'inevitabile irruzione del «concreto» anche in questo caso, ma il sindacato è necessariamente più rigido.

Nell'ipotesi in cui il sindacato abbia invece per parametro altri principi – e.g. quelli afferenti alla libertà personale o il finalismo rieducativo – un margine più ampio nell'individuazione degli indici di giudizio è addirittura fisiologico. Si tratta infatti di un sindacato della scelta legislativa sanzionatoria alla luce della logica del probabile, nel quadro della cornice di bilanciamento fra valori espressa dai principi costituzionali di riferimento comunque identificati; un sindacato che corrisponde in

⁵⁸⁰ Sebbene l'incidentalità implicasse necessariamente, per la Corte, il misurarsi almeno in parte con i fatti sottesi al giudizio principale.

⁵⁸¹ Nella stessa sentenza n. 195 del 2023, la Corte rigetta pure una questione appuntata sul principio di eguaglianza alla luce delle differenze con la disciplina prevista in caso di lesioni gravissime, e nel farlo le argomentazioni usate sono comunque meno invasive in termini di scrutinio di merito. La Corte osserva infatti che nonostante il minimo edittole comune con la fattispecie di lesioni gravissime, la diversità delle sanzioni nel massimo riflettono la maggiore gravità della fuga in quest'ultima ipotesi, consentendo di superare i dubbi prospettati; inoltre, il minimo fisso previsto nella misura di tre anni si giustifica nel caso delle lesioni gravi alla luce dell'esigenza individuata dal legislatore di introdurre «un limite di pena minima comunque da irrogare, dato l'elevato disvalore della condotta di fuga e l'intento di disincentivare comportamenti egoistici», e dunque una soglia che assicuri «in una misura ritenuta adeguata al disvalore» della condotta, «una volta divenuta circostanza aggravante del nuovo reato complesso» (punto 12 del *Considerato in diritto*). Non è che argomentazioni di questo tipo non implicino una valutazione anche pervasiva da parte della Corte sul merito della scelta legislativa; il fatto è che però la latitudine valutativa della Corte nell'individuazione di indici di giudizio si abbassa, rimanendo vincolata all'interno dello schema comparativo prospettato dal giudice rimettente.

⁵⁸² Riprendendo ancora una volta l'efficace immagine della sentenza n. 644 del 1988, punto 3 del *Considerato in diritto*.

fondo a «un giudizio di verosimiglianza»⁵⁸³ che lascia per definizione in capo alla Corte un ampio margine nell'individuazione dei termini del bilanciamento⁵⁸⁴ come degli indici valutativi; indici che non possono che essere attinenti al rapporto fra norma e fatto, essendo la dimensione dei valori la dimensione del concreto⁵⁸⁵. In caso di irragionevolezza manifesta, le rime possibili garantiscono poi il rimedio, ma a valle di un sindacato sul vizio funzionale della norma sanzionatoria ben più pregante del passato, perché strutturato attorno a indici valutativi legati a profili di stretto merito della scelta legislativa.

Questa, in definitiva, la cifra della compressione di discrezionalità legislativa sul versante del *quantum* delle sanzioni; preso atto della sua riduzione, passiamo ora a verificarne l'effettiva ampiezza residua. Ampiezza pure non risibile visto che, come osserva lo stesso Giudice delle Leggi, al netto degli assestamenti giurisprudenziali degli ultimi anni «questa Corte ha però sempre ribadito l'ampia discrezionalità del legislatore nella determinazione del trattamento sanzionatorio delle fattispecie criminose, sindacabile solo ove venga superato il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà oppure del manifesto difetto di proporzionalità»⁵⁸⁶.

2.1. *Le cornici edittali e la logica del probabile.*

Quanto alle cornici edittali, abbiamo già evidenziato che le stesse devono essere connotate da un'ampiezza fra minimo e massimo che risponda alla logica del probabile, in cui il minimo non sia eccessivamente elevato. Il giudice deve poter contare su una latitudine valutativa sufficientemente ampia da poter individuare una pena da comminare adeguata al caso concreto⁵⁸⁷, e per farlo non basta che la cornice sia sufficientemente ampia, ma è necessario che i minimi edittali non siano elevati al punto da costringere il giudice a comminare pene palesemente sproporzionate rispetto al disvalore del fatto commesso.

Guardando alla questione dal lato opposto della conservazione della discrezionalità legislativa, è ancora una volta utile scindere il discorso sui minimi da quello sui massimi edittali.

Quanto ai minimi, lo si è visto, la discrezionalità legislativa sembrerebbe aver subito una riduzione tanto sul piano dell'accertamento dello scarto fra essere e dover essere costituzionale alla luce delle pregnanti valutazioni di merito che la Corte pone in essere da quasi un decennio⁵⁸⁸, quanto su quello dell'effettiva

⁵⁸³ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 63.

⁵⁸⁴ La Corte costituzionale conserva del resto un'ampia discrezionalità nell'individuazione dei termini del bilanciamento. Rimanendo alla giurisprudenza in materia penale degli ultimi anni, un buon esempio ci sembra quello rappresentato dalla sentenza n. 278 del 2020 in tema di sospensione dei termini di prescrizione del reato durante i primi mesi d'emergenza pandemica da COVID-19, su cui torneremo *infra*.

⁵⁸⁵ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 100.

⁵⁸⁶ Sentenza n. 136 del 2020 (rel. Amoroso), punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁵⁸⁷ Come sottolineato da G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, 273 e F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, ora in Id., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, 2000, 352 ss.

⁵⁸⁸ Anche se, lo si è visto, prima della sentenza n. 236 del 2016 è possibile in verità risalire alla

sindacabilità dei vizi funzionali riscontrati attraverso dispositivi manipolativi. E ciò sebbene non siano mancate nella giurisprudenza costituzionale decisioni di rigetto alla luce dell'argomento per cui l'inasprimento sanzionatorio «non rappresenta una scelta isolata, ma si inserisce nel quadro di una complessiva, e severa, strategia di contrasto» a certe condotte criminose⁵⁸⁹.

Del tutto differente è invece il discorso intorno all'individuazione dei massimi edittali.

2.1.1. *La questione del massimo edittale.*

In questo caso, è assai poco probabile, se non del tutto implausibile, che la Corte costituzionale finisca per sindacare la discrezionalità legislativa, sia essa chiamata a un sindacato sulla proporzione sanzionatoria in sé o a un giudizio d'eguaglianza. I giudizi intorno ai minimi edittali, di cui le sentenze n. 236 del 2016 e n. 40 del 2019 rappresentano indiscussi *leading cases*, vedono infatti un'incisività d'intervento della Corte incomparabile rispetto alle questioni che vertono sui massimi, dove la latitudine valutativa dei giudici nel comminare pene sufficientemente individualizzate rispetto all'offensività del fatto rimane invece immutata. In effetti, proprio le questioni imperniate intorno al dubbio di sproporzione manifesta dei massimi edittali rappresentano un significativo limite strutturale nei confronti del giudizio sulla proporzionalità delle pene, foss'anche di tipo diadico⁵⁹⁰.

Una questione afferente a un massimo sanzionatorio ha ad esempio impegnato la Corte nella sentenza n. 284 del 2019 (rel. Viganò) in tema di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341-*bis*, primo comma, cod. pen.).

Il giudice *a quo* dubitava i) della legittimità costituzionale della disparità di trattamento sanzionatorio fra il delitto in questione (reclusione da quindici giorni a tre anni) e quello di oltraggio a un corpo politico, amministrativo o giudiziario di cui all'art. 343 cod. pen. (multa da 1.000 a 5.000 euro), ipotizzando una violazione del principio di eguaglianza, e ii) della proporzionalità della pena, il cui riferimento positivo è individuato in questo caso dal rimettente nel solo art. 27, terzo comma, Cost.

La Corte, esclusa la fondatezza della prima questione – che invero verteva sul raffronto fra le due cornici sanzionatorie considerate nel loro complesso – per via della differente «dimensione offensiva» fra le fattispecie raffrontate, che giustificerebbe una risposta sanzionatoria diversificata⁵⁹¹, si sofferma sulla

decisione n. 341 del 1994 in tema di oltraggio a pubblico ufficiale per individuare il primo autentico caso di giudizio diadico sulla proporzione sanzionatoria. E come abbiamo già ricordato, anche nella storica sentenza n. 168 del 1994 – con cui è stata pronunciata la declaratoria d'incostituzionalità dell'ergastolo ai minorenni – si prescinde dal richiamo al principio d'eguaglianza.

⁵⁸⁹ Sentenza n. 190 del 2020 (rel. Zanon) punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

⁵⁹⁰ Per questo rilievo si veda A. BONOMI, *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)*, in *Oss. cost.*, 2, 2021, 214 ss.

⁵⁹¹ Argomentando in particolare alla luce della struttura della fattispecie censurata, che rispetto al paradigma di cui all'abrogato art. 341 cod. pen. evidenzierebbe l'intenzione di tutelare non soltanto

seconda, enfatizzando l'intenzione del giudice di prospettare un giudizio di tipo diadico sulla ragionevolezza intrinseca della pena. Per quanto rileva ai nostri fini, una volta precisato che il principio di proporzionalità della pena andrebbe individuato in parametri positivi che non si limitano – contrariamente a quanto fa il giudice *a quo* – al solo art. 27, terzo comma, Cost.⁵⁹², la Corte rigetta anche la seconda questione, sottolineando che le argomentazioni contenute nell'ordinanza di remissione sono incentrate sulla sproporzione del massimo edittale.

È un punto forse non dirimente ai fini della decisione finale, il quale consente però al Giudice delle Leggi di porre delle interessanti precisazioni circa la più recente giurisprudenza sulla misura delle pene. In particolare, la Corte – non prima di aver sottolineato forse con eccesso di enfasi l'arco storico del giudizio sulla ragionevolezza intrinseca della pena⁵⁹³ – ricorda che le più recenti pronunce in cui era stato sollecitato un giudizio diadico avevano avuto oggetto il minimo edittale, il divieto di prevalenza o equivalenza di circostanze attenuanti rispetto alle aggravanti o le pene fisse foriere di imporre esiti sanzionatori manifestamente eccessivi rispetto ad alcuni dei fatti sussumibili nella norma incriminatrice.

In tutti questi casi sono venuti dunque in esame altrettanti *limiti normativi alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, che lo vincolavano a infliggere pene ritenute manifestamente eccessive* rispetto a classi di ipotesi situate ai gradini più bassi della scala di disvalore idealmente tracciabile all'interno del perimetro disegnato dalla fattispecie astratta.

Di conseguenza, ove il giudice avesse effettivamente inteso censurare il massimo, la questione sarebbe stata ad avviso della Corte inammissibile per irrilevanza dettata da un difetto di motivazione⁵⁹⁴. La Corte sposta poi l'asse dell'oggetto del giudizio

l'onore individuale del pubblico ufficiale e il prestigio dell'amministrazione di appartenenza, ma anche il regolare esercizio della funzione pubblica svolta dall'ufficiale (punto 3.4 del *Considerato in diritto*).

⁵⁹² Osserva la Corte che il principio è stato invece individuato proprio nel combinato disposto dell'art. 27, terzo comma con l'art. 3 Cost., aggiungendo peraltro che esso si collocherebbe «in un orizzonte normativo» in cui si collocano pure le garanzie previste dalla Carta di Nizza (art. 49, par. 3) e dall'art. 3 CEDU per come interpretato dalla Corte europea, di cui si richiamano le pronunce *Murray c. Paesi Bassi*, par. 99; sentenza 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, par. 102 (punto 4 del *Considerato in diritto*).

⁵⁹³ Si legge nella sentenza che la Corte «ha spesso privilegiato (almeno a partire dalla sentenza n. 343 del 1993) un modello di sindacato sulla proporzionalità "intrinseca" della pena, che... valuta direttamente se la pena comminata debba considerarsi manifestamente eccessiva rispetto al fatto sanzionato» (punto 4.1 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro). Tuttavia, come l'analisi finora svolta ci sembra dimostri ampiamente, il giudizio sulla ragionevolezza sganciato dal riferimento a un *tertium* in funzione valutativa può al massimo trovare, prima della sentenza n. 236 del 2016, un precedente nella sentenza n. 341 del 1994, e probabilmente anche nella storica sentenza n. 168 del 1994 con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale la previsione della pena dell'ergastolo per i minorenni, dove in effetti le argomentazioni svolte prescindono dal richiamo al principio di eguaglianza.

⁵⁹⁴ «... in difetto di ogni motivazione sul perché egli abbia ritenuto di non poter infliggere all'imputata una pena più contenuta e in concreto proporzionata al disvalore del fatto, purché non inferiore al minimo legale di quindici giorni di reclusione, e tale comunque da poter... condizionalmente sospesa». Va in ogni caso precisato che la Corte sposta poi la propria attenzione sulla complessiva cornice edittale e dunque anche sul minimo legale di quindici giorni di reclusione,

sulla complessiva cornice edittale e dunque anche sul minimo legale di quindici giorni di reclusione, ipotizzando che fosse questa una «plausibile» intenzione del giudice *a quo*, osservando che però proprio il minimo legale previsto dall'art. 23 cod. pen. era già stato implicitamente ritenuto compatibile in relazione a un reato connotato «da minor gravidanza offensiva» dalla sentenza n. 341 del 1994⁵⁹⁵: la questione è dunque infondata.

Ora, a prescindere dallo specifico esito del giudizio, la sentenza sembrerebbe restituire la perfetta immagine di uno dei fili conduttori della più recente giurisprudenza costituzionale in materia penale. La chiave è proprio il già citato passaggio in cui la Corte afferma che negli altri casi analizzati erano venuti in rilievo «*limiti normativi alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, che lo vincolavano a infliggere pene ritenute manifestamente eccessive*». Premesso che più che di «discrezionalità del giudice» sarebbe forse più opportuno discorrere di una sua «latitudine interpretativa»⁵⁹⁶, l'argomento tradisce tutta la congenita limitazione strutturale delle possibilità di azione di un organo concepito come un giudice delle leggi rispetto al declamato tentativo di assumere su di sé anche la funzione propria di un giudice dei diritti.

Il punto centrale rimane in ogni caso quello del rapporto fra legge e latitudine valutativa del giudice chiamato ad applicarla. Una questione su cui la Corte costituzionale, quando chiamata in causa, è stata decisamente chiara, sottolineando le nette differenze fra il sindacato sul massimo edittale e quelli su minimi, pene fisse e divieti di prevalenza o equivalenza di circostanze attenuanti rispetto alle aggravanti:

Una doglianza di manifesta sproporzione della pena appare... già in astratto poco plausibile in rapporto al massimo edittale, essendo normalmente possibile per il giudice utilizzare i propri poteri discrezionali ex art. 133 cod. pen. per commisurare – all'interno della cornice edittale – una pena inferiore, proporzionata al disvalore del fatto concreto⁵⁹⁷.

Stando così le cose, se ne può concludere che nella configurazione delle cornici edittali il legislatore gode ancora di una discrezionalità legislativa decisamente più ampia nell'individuazione del massimo rispetto a quella del minimo, che stando alla

ipotizzando che fosse questa una «plausibile» intenzione del giudice *a quo*, osservando che però proprio il minimo legale previsto dall'art. 23 cod. pen. era già stato implicitamente ritenuto compatibile in relazione a un reato connotato «da minor gravidanza offensiva» dalla sentenza n. 341 del 1994.

⁵⁹⁵ Rispetto al parametro «europeo» di cui all'art. 49, par. 3, CDFUE, richiamato dal rimettente come criterio interpretativo, la Corte osserva invece che mancano puntuali e conferenti indicazioni giurisprudenziali da cui trarne indicazione per giudicare la pena sproporzionata.

⁵⁹⁶ A differenza del giudice, che decide sulla base di un atto, il legislatore e la pubblica amministrazione, pur nell'ambito di una cornice di legalità variamente declinata, individuano un interesse pubblico da perseguire e lo perseguono. *Si tratta dunque di funzioni non soltanto quantitativamente, ma soprattutto qualitativamente differenti*. Per cui, ove si volesse ancora riferirsi alla latitudine interpretativa del giudice nei termini di un potere discrezionale, bisognerà farlo tenendo a mente che ciò non può tuttavia significare un'equiparazione sia pur lata con quello del legislatore e dell'amministrazione.

⁵⁹⁷ Sentenza n. 284 del 2019, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

giurisprudenza costituzionale è peraltro sostenuto da una sorta di ‘rinforzo’ nella necessaria irrilevanza delle questioni prospettate.

Il che però non significa neppure che le scelte legislative sul massimo possano sottrarsi a qualunque discorso intorno al rapporto fra essere e dover essere costituzionale, al di là dei profili di concreta sindacabilità delle norme. Ricordiamo infatti che in passato non sono mancate occasioni in cui, sebbene ad altri fini, la Corte ha avuto modo di affermare che le norme afferenti all’applicazione delle pene «formato un tutto unico, nel quale *il potere discrezionale del giudice è delimitato dal legislatore*», il quale «ha ritenuto necessario precisare gli elementi fondamentali verso cui il giudice deve orientarsi nelle sue valutazioni, ed entro il cui ambito deve contenere l’uso dei poteri a lui conferiti»⁵⁹⁸.

2.2. *Le pene fisse e gli indici di adeguatezza «alle concrete manifestazioni del fatto punito».*

Come si è visto, per quanto concerne le pene fisse v’è una sorta di presunzione d’irragionevolezza, per cui non è lontano dal vero parlare rispetto a questa dorsale di un giudizio molto prossimo a uno *strict scrutiny*⁵⁹⁹. Punto che, come abbiamo dimostrato ripercorrendo la giurisprudenza costituzionale sviluppatasi dall’importante sentenza n. 50 del 1980 in poi, nei decenni successivi non è stato messo in discussione. E tuttavia, pure su questo fronte la pervasività del sindacato sulla ragionevolezza di queste sanzioni e la tipologia delle argomentazioni utilizzate dalla Corte costituzionale non passano affatto inosservate; neppure quando la questione viene rigettata, e dunque nella prospettiva di una giurisprudenza in negativo.

La Corte ha ad esempio dichiarate infondate questioni su minimi edittali fissi non meno che nel caso degli accoglimenti passati in rassegna, alla luce degli stessi indici valutativi, spesso di chiaro stampo sostanzialista, in cui il discorso sulla ragionevolezza è veramente emerso in tutta la sua capacità di tenere assieme in termini argomentativi la norma al fatto. Il che non significa che la Corte ha definitivamente accantonato valutazioni tutte interne al tessuto legislativo, ma ha cominciato ad accompagnarvi a un livello in passato inedito valutazioni sulle norme penali legate alla loro capacità di adattamento al fatto punito. E così, accanto ad argomenti più logico-formali, se si vuole, quali *la coerenza del complessivo impianto sanzionatorio* per fatti tipologicamente attigui, o *il regime di procedibilità* come indice «di speciale disvalore» della condotta espresso dal legislatore, si accompagnano elementi che vanno assai più al cuore del rapporto tra la norma e il fatto da regolare, come *la distinzione fra reati colposi e reati dolosi*, *la gravità oggettiva dei fatti commessi*, *la prassi applicativa*, *il possibile «calcolo utilitaristico» dell’autore del fatto alla luce del quadro sanzionatorio*⁶⁰⁰. Argomenti

⁵⁹⁸ Sentenza n. 118 del 1973, punto 3 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

⁵⁹⁹ Come abbiamo argomentato in II.3.2.2.

⁶⁰⁰ Un buon esempio del ricorso a questi argomenti si rinviene nella sentenza n. 195 del 2023 (rel. Antonini) in tema lesioni personali stradali gravi aggravate dalla fuga (art. 590-ter cod. pen.) nella quale la Corte costituzionale fa ricorso agli indici valutativi riportati per far salva la previsione della pena invariabilmente fissa nel minimo di tre anni di reclusioni per l’ipotesi di fuga. Per rendere la

che si accompagnano peraltro a quello per così dire più classico della *possibilità di modulare* – mitigando – *le sanzioni attraverso l'applicazione di circostanze attenuanti*. In questi casi, la non assolutezza del carattere fisso della pena a cui si accompagna la possibilità per il giudice di adeguare «la rigidità del trattamento sanzionatorio alla specifica vicenda sottoposta al suo esame»⁶⁰¹ può portare la Corte a rigettare le questioni prospettate, lasciando in piedi le relative forme di esercizio di discrezionalità legislativa.

2.3. *Le pene proporzionali fra coefficienti di computo e indici di offensività.*

È interessante osservare come i modi argomentativi del giudizio diadico si declinino nel caso in cui la Corte sia chiamata a sindacare la legittimità costituzionale delle pene proporzionali; un terreno sul quale il nuovo corso non si è anche tradotto nel superamento della «tradizionale posizione di maggiore “indulgenza”» propria del giudizio su questo tipo di sanzioni⁶⁰². Un ottimo esempio dal quale trarre alcune indicazioni è la sentenza n. 233 del 2018 (rel. Barbera), la quale si colloca nella già analizzata linea giurisprudenziale relativa all'elaborazione dello schema delle «rime possibili», qui confermata.

La Corte scinde qui due distinte questioni: i) quella dell'ipotesi di violazione di finalismo rieducativo e personalità della responsabilità penale per via dell'«impossibilità, per il giudice, di modulare la sanzione» in relazione alle specificità del caso e per l'assenza di un massimo edittale e ii) quella della prospettazione di una sproporzione fra fatto incriminato e pena pecuniaria da comminare sotto il profilo dell'intrinseca irragionevolezza⁶⁰³. Per ragioni di ordine espositivo rinviando per il momento l'analisi dei *topoi* argomentativi spesi nel trattare la prima questione, prendendo invece in considerazione il giudizio diadico. Intanto, è interessante osservare come nella parte di motivazione relativa al superamento dell'eccezione d'inammissibilità dell'avvocatura per mancanza di rime obbligate la Corte – poste le rituali ma importanti premesse sulla

cifra di quanto le argomentazioni della Corte costituzionale vadano al cuore del rapporto fra norma e fatto – anche se, si potrebbe dire, la norma espressa dalla disposizione esiste proprio alla luce del fatto a cui si applica – si anche solo al fatto che nell'individuare una maggiore gravità nel fatto commesso con dolo, l'argomento volto a superare l'obiezione per cui la fuga può svolgersi in condizioni differenti e quindi implicare differenti gradi di offensività è il seguente: «in ogni caso, l'allontanarsi volontariamente dal luogo del sinistro sta a significare la prevalenza del calcolo egoistico finalizzato a evitare ogni coinvolgimento personale nell'evento accaduto» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

⁶⁰¹ Punto 8.2 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰² V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale*, cit., 377.

⁶⁰³ Il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Napoli Nord aveva posto alla Corte una questione di legittimità costituzionale della pena pecuniaria prevista per il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-bis d.P.R. n. 43 del 1973), una multa stabilita nella misura di 5 euro per ogni grammo convenzionale prodotto, nel caso in cui il quantitativo ecceda i dieci chilogrammi. In caso di applicazione di tale sanzione, sosteneva il giudice *a quo*, si sarebbe dovuta irrogare una multa di ben 6.540.888,89 euro; da qui, la prospettazione di una possibile illegittimità costituzionale per manifesta sproporzione sanzionatoria, con relativa violazione dei principi della personalità della responsabilità penale e del finalismo rieducativo, anche alla luce di una comparazione con le pene previste per fattispecie ritenute omogenee.

discrezionalità legislativa in materia penale⁶⁰⁴ – scinda il profilo dell’ammissibilità della questione soddisfatto dall’indicazione di una ‘rima possibile’ da quello della «correttezza di siffatta indicazione»⁶⁰⁵, precludendo a una sua ampia possibilità di sindacato e, conseguentemente, di scelta sulla parte ricostruttiva di un’eventuale sentenza di accoglimento additiva o sostitutiva⁶⁰⁶.

Venendo al merito della questione, la Corte non esclude che, «in taluni casi»⁶⁰⁷, pene pecuniarie proporzionali non possano condurre a un trattamento intrinsecamente irragionevole per via di una manifesta sproporzione fra il disvalore del fatto e la pena da comminare. Ma la Corte sottolinea anche che le cose sono più complesse di così. Il punto non è infatti il «livello di asprezza» raggiungibile dalla pena da comminare alla luce della previsione legislativa:

*Il sistema delle pene proporzionali, infatti, in genere è congegnato in termini tali da garantire un rapporto costante tra rilevanza del fatto ed entità della risposta punitiva sicché al crescere della prima corrisponde, in nome del principio di offensività, il diverso e sempre più pregnante portato della seconda... Piuttosto, la manifesta irragionevolezza... va verificata guardando ai coefficienti, quello monetario base e quello moltiplicatore, presi in considerazione dal legislatore nel definire il meccanismo sanzionatorio censurato. Il perimetro del sindacato di costituzionalità chiesto nel caso alla Corte attiene pertanto alla verifica della ragionevolezza o della sproporzione dei fattori da considerare nel procedere al computo della pena*⁶⁰⁸.

In altri termini, a venire in rilievo non è dunque l’afflittività in sé e per sé; non l’entità della pena, ma gli indici legislativi attraverso i quali l’entità della pena è determinata. E per condurre un giudizio di tale complessità e sostenere la successiva declaratoria d’infondatezza la Corte richiama a questo punto argomenti che rendono perfettamente chiare alcune delle ragioni che fondano l’idea per cui la discrezionalità legislativa in materia sia pacificamente considerata assai ampia.

Nel verificare la legittimità costituzionale delle scelte legislative inerenti alla configurazione delle fattispecie incriminatrici o alla qualità e quantità delle pene, non si può non tenere nel debito conto, infatti, che le stesse dipendono non solo dal bene o dai beni giuridici tutelati, astrattamente valutati, ma anche dalle finalità che, nel contesto storico in cui le opzioni in parola vengono operate, il legislatore persegue; né può disconoscersi il rilievo che occorre ascrivere agli effetti indiretti che i fatti incriminati vanno a produrre nell’ambiente sociale in cui si realizzano⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ «Vero è che non appartengono a questa Corte valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, di esclusiva pertinenza del legislatore. Spetta, infatti, alla rappresentanza politica il compito di individuare il grado di reazione dell’ordinamento al cospetto della lesione di un determinato bene giuridico» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*).

⁶⁰⁵ In linea con quanto puntualmente rilevato, in letteratura, da D. MARTIRE, *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*, in *Giur. cost.*, 2019, 704.

⁶⁰⁶ Punto 3.3 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰⁷ Punto 12 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro.

⁶⁰⁸ Punto 12.1 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri.

⁶⁰⁹ Punto 14 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri.

Oltre al bene giuridico tutelato e agli «effetti indiretti» causati dai fatti incriminati, torna il già analizzato argomento della intenzione del legislatore storico. Un argomento decisivo ai fini del rigetto anche in questo caso, sia nell'analisi del criterio quantitativo che dell'aggancio al valore monetario.

Quanto al criterio quantitativo, la Corte richiama infatti i lavori preparatori della legge n. 92 del 2001 – con cui era stato sostituito il previgente sistema sanzionatorio – ricordando che l'introduzione del meccanismo di comminazione della sanzione oggetto del giudizio era stato in quella sede considerato necessario, essendo la precedente pena giudicata «risibile» sia per le concrete difficoltà di escussione sia perché ritenuta non in grado di fungere da deterrente⁶¹⁰ e dunque incapace di garantire «le istanze di prevenzione generale». Stando così le cose, «alla luce dell'intera gamma degli interessi presi in considerazione dal legislatore», l'inasprimento nella risposta dell'ordinamento al fenomeno criminale viene ritenuto giustificato, e «l'aggancio alla dimensione quantitativa della merce oggetto di contrabbando» giudicata «in grado di descrivere il disvalore concreto del fatto»⁶¹¹. Discorso simile per il criterio del valore monetario, dove la rispondenza della pena all'«intenzione di scoraggiare le relative attività illecite» si accompagna all'enfaticizzazione dei valori tutelati, che non si esaurirebbero nella tutela degli interessi finanziari di Stato ed Unione europea, abbracciando pure l'ordine e la sicurezza pubblica⁶¹². A questo punto, scartate per mancanza di omogeneità le fattispecie comparative che erano state individuate dal giudice *a quo* come *ulteriore* argomento a sostegno della censura di manifesta sproporzione, la Corte dichiara l'infondatezza della questione.

Tirando le somme, appare significativo questo ricorso a una pluralità di *topoi* argomentativi – che spaziano dalla volontà del legislatore ai valori tutelati, fino alla specifica struttura del tessuto normativo e agli «effetti indiretti» dei fatti sottoposti a criminalizzazione – per far salva una discrezionalità legislativa che comunque, come si è visto, pur nel nuovo corso la Corte non manca di considerare assai ampia. Il punto di caduta dell'intero discorso sul giudizio in materia penale risiede del resto nel fatto che l'opzione di tutela in cui la funzione legislativa si estrinseca può cadere su una moltitudine di valori – per giunta anche di beni strumentali ad altri beni⁶¹³ – e assumere le forme di una pluralità di strutture normative sia sul piano del *quomodo* sanzionatorio sia, soprattutto, su quello del *quantum*. Di più: bisogna poi verificare se nell'inveramento della disposizione in norma sul piano giudiziale non si colga un margine di elasticità valutativa – derivante eventualmente anche da altre norme terze – tale da individualizzare a sufficienza la sanzione e dunque da escludere un'eventuale illegittimità costituzionale per violazione del finalismo rieducativo.

⁶¹⁰ Punto 7.5 del *Considerato in diritto*.

⁶¹¹ Punto 14.1 del *Considerato in diritto*.

⁶¹² Punto 14.2 del *Considerato in diritto*.

⁶¹³ «L'ordinata gestione dei flussi migratori», si legge ad esempio nella sentenza n. 250 del 2010, «si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata» (punto 6.3 del *Considerato in diritto*).

Un'opzione, quella della tutela penale, che per essere giudicata manifestamente irragionevole deve dunque sfociare in strutture normative in grado di superare nei fatti e in maniera – appunto – manifesta la moltitudine di *topoi* argomentativi che depongono invece in senso favorevole a una preservazione della legittimità di un esercizio di discrezionalità legislativa in materia. *Topoi* superabili con un diverso grado di difficoltà: più facilmente in caso di pene fisse, dove la capacità di adattamento della norma generale e astratta al caso è fortemente deficitaria e la presunzione di legittimità costituzionale è quasi ribaltata; più difficilmente, per converso, in caso di pene proporzionali e di cornici edittali, dove la capacità di adattamento della norma generale e astratta al caso è molto più agevole, anche grazie al concorso di istituti come circostanze attenuanti generiche.

Sugli argomenti funzionali a far salva la discrezionalità legislativa torneremo in maniera compiuta più oltre; ciò che qui preme evidenziare è piuttosto un apprendimento che ci sembra di poter cogliere da questa prima parte di indagine empirico-operativa, concernente *il differente grado di adeguamento della legge penale* – che è connaturatamente norma generale e astratta, essendo inammissibili leggi-provvedimento in materia – *a un ventaglio più o meno ampio di casi della vita: quanto più la norma sia in grado di farsi flessibile rispetto al caso concreto, anche col concorso di norme terze, tanto più sarà improbabile che la Corte ne dichiari l'illegittimità costituzionale*⁶¹⁴. Una sorta di complesso sistema di vasi comunicanti dove il legislatore pone la disposizione, il giudice deve poterne trarre una norma sufficientemente individualizzata e, nell'ipotesi di sua illegittimità costituzionale, la Corte può al più sostituirla con altra norma già esistente, a patto però che questa sia funzionale all'individualizzazione applicativa e al contempo coerente con lo specifico tessuto legislativo. Un sistema reso ancor più complesso dalla funzionalizzazione delle strutture normative – sostanziali e processuali – a partire dalla fortissima istanza egualitaria che permea la legalità penale⁶¹⁵. Più in generale, allargando lo sguardo e limitandoci per ora a un fugace richiamo, è la questione dell'adeguatezza della legge; una questione che chiama in causa la ragionevolezza e con essa le corde più profonde dell'attuale esperienza giudica. È

⁶¹⁴ Osservava F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., 360 ss. che in realtà l'«apparente rigidità» dell'art. 25, secondo comma, Cost., che di fronte a uno sguardo superficiale parrebbe preclusiva di ogni latitudine valutativa in capo al giudice, «si precisa» in relazione al principio del finalismo rieducativo, dal che l'illustre penalista concludeva che «un certo margine di elasticità nella durata edittale della pena è non solo legittimo, ma bensì imposto sul piano costituzionale». Un margine che in quest'ottica si dovrebbe costantemente legare «alla gamma di fattispecie concrete e alla tipologia soggettiva rapportabile alla significatività astratta del *Tatbestand*»; la rottura di un simile rapporto avrebbe trasformato, secondo l'autore, la latitudine valutativa del giudice «in arbitrio», rendendo così soltanto «apparente» la determinazione legislativa della pena, vulnerando la legalità penale.

⁶¹⁵ Invero, non è estranea agli studiosi la circostanza che l'istanza egualitaria sottesa alla legalità penale non si esaurisca nel solo livello legislativo, implicando evidentemente un'adeguata latitudine valutativa in capo ai giudici in fase interpretativo-applicativa, del che il Giudice delle Leggi è perfettamente consapevole quando indica al giudice il compito di adeguare in termini proporzionali la sanzione al fatto commesso all'interno della cornice edittale fissata dal legislatore, come mette ad esempio in rilievo da P. CHIRULLI, *La sanzione penale ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 64.

il dinamico equilibrio sotteso all'inveramento del diritto nel suo reagire allo spettacolo della vita: sospeso fra legge e sentenza, fra disposizione e norma.

2.4. *Il concorso fra pene detentive e pene pecuniarie e l'argomento del «complessivo trattamento sanzionatorio».*

La sentenza n. 233 del 2018, come si ricorderà, verteva anche sulla questione – altra rispetto a quella dell'ipotetica, intrinseca irragionevolezza della pena pecuniaria proporzionale – della prospettata violazione del finalismo rieducativo e della personalità della responsabilità penale a causa dell'asserita «impossibilità, per il giudice, di modulare la sanzione» alla luce delle specificità del caso. Questione destinata anch'essa al rigetto, e simile ad altre già passate in rassegna, ma che ci consente di accennare, sia pur fugacemente, a un ulteriore *topos* argomentativo funzionale a far salvo l'esercizio della discrezionalità legislativa penale.

La Corte richiama infatti alcuni precedenti, fra cui la sentenza n. 142 del 2017 (rel. Cartabia)⁶¹⁶ dove si legge che la costante giurisprudenza costituzionale in tema di pene fisse ne ha spesso fatta salva la legittimità proprio per il loro accompagnarsi a pene detentive «dotate di una forbice edittale di ampiezza significativa, da irrogare congiuntamente alle prime», e che ciò vale a maggior ragione quando ad esser oggetto del giudizio siano pene proporzionali, «che a differenza di quelle fisse sono di per se stesse caratterizzate da un certo grado di variabilità in ragione dell'offensività del fatto»⁶¹⁷. È l'argomento del «complessivo trattamento sanzionatorio».

Premesso che la pena pecuniaria non si sottrarrebbe alla possibile ascrizione di «compiti compatibili con la funzione rieducativa», la Corte precisa però che, in ragione delle «connotazioni oggettive del tipo di sanzione», nei casi di concorso congiunto di una pena detentiva «non può ritenersi incongrua la scelta di assegnare primariamente a quest'ultima – *dando rilievo all'unitarietà del trattamento sanzionatorio complessivamente predisposto dal legislatore* – il compito di realizzare la funzione rieducativa, risultando così garantiti, al contempo, anche i profili inerenti alla individualizzazione della pena»⁶¹⁸.

Su una lunghezza d'onda molto affine alla sentenza n. 233 del 2018 si colloca la n. 136 del 2020 (rel. Amoroso) in tema di furto monoaggravato.

Nel caso di specie il giudice *a quo* prospettava le due distinte questioni della sproporzione sanzionatoria parametrata alla luce del principio di eguaglianza e della violazione del finalismo rieducativo a causa del minimo edittale della multa di 927 euro prevista dall'art. 625, primo comma, cod. pen. nell'ipotesi di condanna per

⁶¹⁶ Si vedano pure le ordinanze n. 475 del 2002 e n. 91 del 2008.

⁶¹⁷ Sentenza n. 142 del 2017, punto 4.4 del *Considerato in diritto*.

⁶¹⁸ Sentenza n. 233 del 2018, punto 11.2 del *Considerato in diritto*. La precisazione successiva probabilmente non è casuale, visto che l'ascrizione di possibili compiti rieducativi alla pena pecuniaria – di per sé opinabile – è espressa in termini apodittici senza essere accompagnata da alcuna argomentazione ulteriore, se non dal richiamo di due pronunce degli anni Sessanta, risalenti a un tempo in cui la lettura del finalismo rieducativo era ben diversa da quella che si affermerà nei decenni successivi, in quanto ancora legata al divieto di pene che consistano in «trattamenti contrari al senso di umanità» in un'operazione che ne attutiva di molto la normatività in termini di capacità conformativa della legislazione.

furto monoaggravato mentre il minimo previsto in caso di furto pluriaggravato è di soli 206 euro. Nella pronuncia si rinvencono ampi passaggi argomentativi intorno all'ampiezza della discrezionalità legislativa in materia penale⁶¹⁹, a cui si aggiunge la decisa sottolineatura che, al di là delle condizioni che consentono, nella giurisprudenza più recente, di sindacare la misura delle pene, «questa Corte ha però sempre ribadito l'ampia discrezionalità del legislatore nella determinazione del trattamento sanzionatorio delle fattispecie criminose, sindacabile solo ove venga superato il limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà oppure del manifesto difetto di proporzionalità»⁶²⁰. Ma il punto più interessante concerne proprio il richiamato argomento del concorso congiunto di pene pecuniarie e pene detentive.

La Corte premette infatti che la previsione di una multa più elevata nel caso del furto monoaggravato può violare il principio di eguaglianza e quello di proporzionalità della pena «soltanto se detta asimmetria venga esaminata *nel contesto del complessivo trattamento sanzionatorio*». Ad avviso del Giudice delle Leggi, l'autonomia funzionale della pena pecuniaria rispetto a quella detentiva non basta per così dire ad impennare il giudizio costituzionale su di essa in via esclusiva:

non è irrilevante il trattamento sanzionatorio complessivo quando la pena pecuniaria concorre congiuntamente con quella detentiva e non è invece a quest'ultima alternativa... la valutazione complessiva della cornice edittale definita dal legislatore, come pena detentiva congiunta alla pena pecuniaria, potrebbe far emergere la possibilità, per il giudice chiamato a quantificare la multa, di operare un sostanziale riequilibrio dell'asimmetria denunciata.

Osservazione, quest'ultima, che conduce direttamente alla dichiarazione d'inammissibilità delle questioni per insufficienza della motivazione sulla non manifesta infondatezza, perché il rimettente aveva «argomentato le sue censure considerando soltanto la pena della multa e omettendo di tener conto anche del divario del minimo della pena detentiva prevista per le ipotesi del furto monoaggravato e di quello pluriaggravato». Esito che, al netto dell'auspicio che il legislatore «corregga lo squilibrio denunciato», lascia in sospeso la questione se si trattasse o meno di «meri difetti di tecnica normativa, che questa Corte – soprattutto nella materia penale quanto alla dosimetria della pena – non è chiamata per ciò solo a correggere» a meno di non sfociare in irragionevolezza manifesta⁶²¹.

Una pronuncia che non ha mancato di attirare critiche, in quanto l'apparato argomentativo della decisione renderebbe «molto improbabile o comunque estremamente difficile» che in futuro una questione analoga possa vedere un'adequata motivazione del giudice *a quo* in termini di non manifesta infondatezza. «Sulla base di *quali parametri certi ed obiettivi*», ci si è chiesti, «può

⁶¹⁹ «... Il livello, più o meno elevato, del contrasto delle condotte penalmente rilevanti mediante la definizione dell'intervallo tra il minimo e il massimo della pena appartiene alle scelte di politica criminale del legislatore, come anche quella di reprimere con pene più gravi fattispecie penali ritenute maggiormente lesive di *beni giuridici tutelati* e connotate da un accentuato *allarme sociale*» (punto 5 del *Considerato in diritto*, i corsivi sono nostri).

⁶²⁰ *Ibidem*.

⁶²¹ Punto 6 del *Considerato in diritto*, il corsivo è nostro.

il giudice valutare se il divario fra il minimo della pena detentiva prevista per la fattispecie del furto monoaggravato e il minimo della pena detentiva prevista per la fattispecie del furto pluriaggravato sia così marcato da ridimensionare l'asimmetria esistente fra le pene pecuniarie stabilite – congiuntamente alla pena detentiva – per quelle stesse fattispecie criminose?»⁶²². Di conseguenza, se n'è concluso, i giudici saranno spinti a ricorrere al principio di proporzionalità solo in chiave ermeneutica, fino al caso estremo in cui, alla luce dell'offensività concreta della condotta, non potendo «orientarsi al ribasso nella determinazione della pena detentiva», dovranno operare «una lettura di tipo selettivo/riduttivo»⁶²³. L'Autore citato, in realtà, si riferisce a queste ipotesi come a quelle in cui il giudice finisce per «espungere dalla fattispecie stessa la condotta posta in essere dal soggetto agente la quale è suscettibile di essere sanzionata col massimo edittale» ponendo in essere una sostanziale «*interpretatio abrogans*»⁶²⁴.

Al netto delle ovvie difficoltà tecniche di questa valutazione – e della conseguente motivazione – da parte del giudice penale⁶²⁵, ci limitiamo per ora a evidenziare come in realtà, nel condurre un giudizio di questo tipo, sia veramente dubbio che il giudice stesso debba – o che prima ancora *possa* – individuare «parametri *certi e obiettivi*» nel senso di parametri rispondenti a un'assoluta e perfetta razionalità. Lo stesso utilizzo della topica giuridica da parte della Corte in queste linee giurisprudenziali evidenzia del resto che sì, ci sono degli indici valutativi più ricorrenti e significativi di altri nel giudizio di proporzionalità, ma che in fin dei conti il tutto si dipana nel campo della logica del probabile, con il limite estremo per cui la pena non può trasmodare nella sproporzione *manifesta*. In definitiva, per quanto i «difetti di tecnica normativa» possano condurre in concreto a gravi distorsioni applicative, non va dimenticato che si tratta appunto di imperfezioni del tessuto legislativo che, «soprattutto nella materia penale quanto alla dosimetria della pena», la Corte «non è chiamata per ciò solo a correggere», a meno che «non ridondino in un trattamento sanzionatorio manifestamente irragionevole e sproporzionato». Una manifesta irragionevolezza – meglio: una non manifesta infondatezza – che *il giudice deve motivare non in termini di certezza, ma di plausibilità*.

2.5. Le rimodulazioni dell'ordinario bilanciamento fra circostanze alla luce di «particolari esigenze di protezione di beni costituzionalmente tutelati».

Nonostante la riduzione di discrezionalità legislativa che ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale in tema di sanzioni anche rispetto ai già analizzati divieti di prevalenza o equivalenza di circostanze attenuanti nelle ipotesi di

⁶²² A. BONOMI, *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena*, cit., 225, il corsivo è nostro.

⁶²³ Ivi, 226.

⁶²⁴ Ivi, 220.

⁶²⁵ Si tratta di un aspetto che riflette con nitore le ragioni di una discrezionalità legislativa congenitamente ampia, soprattutto in punto di trattamento sanzionatorio penale, sullo stretto piano della giustizia costituzionale, dove giungere a una pronuncia di accoglimento è particolarmente complesso per tutta la serie di complesse valutazioni oggetto della nostra rassegna.

recidiva⁶²⁶, in tema di bilanciamento fra circostanze la Corte non ha però annullato qualsiasi spazio di valutazione politica.

Un ottimo esempio di ciò che rimane di questa discrezionalità si rinviene ad esempio nella sentenza n. 88 del 2019 (rel. Amoroso) già analizzata ad altri fini⁶²⁷. Fra le varie questioni prospettate, i giudici rimettenti dubitavano della legittimità costituzionale dell'art. 590-*quater* cod. pen. inserito dall'art. 1, comma 2, legge n. 41 del 2016 alla luce degli artt. 3, 25, secondo comma e 27 Cost.

La Corte costituzionale osserva che è vero che il bilanciamento fra circostanze mette il giudice nelle condizioni «di apprezzare meglio lo specifico disvalore della condotta»; e tuttavia, «quando ricorrono *particolari esigenze di protezione di beni costituzionalmente tutelati, quale il diritto fondamentale e personalissimo alla vita e all'integrità fisica*, ben può il legislatore dare un diverso ordine al gioco delle circostanze richiedendo che vada calcolato prima l'aggravamento di pena di particolari circostanze»⁶²⁸. Chiaramente, mantenendosi al di qua del limite dell'irragionevolezza manifesta⁶²⁹.

Nel caso di specie, la questione viene infine rigettata perché l'attenuante a effetto speciale di cui al settimo comma degli artt. 589-*bis* («Omicidio stradale») e 590-*bis* cod. pen. («Lesioni personali stradali gravi o gravissime») «non attiene all'offensività», perché si tratta di fattispecie comunque offensive. Piuttosto, prosegue la Corte, l'attenuante speciale afferisce al piano del tutto differente dell'efficienza causale, rispetto al quale «opera il principio non già di proporzionalità, bensì quello di equivalenza delle concause dell'evento». Passaggio argomentativo che ha un rilievo non risibile sull'individuazione e la conservazione della discrezionalità legislativa, che è di conseguenza più ampia «nel dimensionare l'incidenza di tale, eccezionale e del tutto particolare, attenuante nel calcolo della pena». Perfino il potenzialmente importante «differenziale sanzionatorio»⁶³⁰, chiosa la Corte, «può dirsi rientrare nella discrezionalità del legislatore, esercitata nel limite della non irragionevolezza». Limite non superato alla luce del fatto che il divieto di bilanciamento in questione si giustifica per via del suo perseguire il «più incisivo contrasto di condotte altamente pericolose» e radicata causa di un «diffuso

⁶²⁶ Su cui ci siamo soffermati in III.5.1. A differenza del passato, la Corte costituzionale ha infatti superato l'orientamento per cui era legittima la tecnica legislativa del divieto di prevalenza o equivalenza delle circostanze attenuanti su specifiche aggravanti alla luce di specifiche esigenze di contrasto di condotte passibili di ledere l'integrità della persona (per il vecchio orientamento si vedano le sentenze n. 38 e n. 194 del 1985).

⁶²⁷ Si veda *supra* (III.6).

⁶²⁸ Punto 13 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra. Del resto, l'affermazione per cui deroghe all'ordinario bilanciamento fra circostanze rientrano nella discrezionalità legislativa era già presente nell'importante sentenza n. 68 del 2012 (rel. Frigo).

⁶²⁹ «Il legislatore può schermare l'ordinario bilanciamento di circostanze del reato, secondo i criteri dell'art. 69 cod. pen., ma non fino al punto di sanzionare condotte di minore gravità con pene eccessive perché sproporzionate rispetto al canone della necessaria offensività» (sentenza n. 88 del 2019, punto 13 del *Considerato in diritto*).

⁶³⁰ Al ricorrere dell'aggravante della guida in stato di ebbrezza alcolica (art. 589-*bis*, secondo comma, cod. pen.) e dell'attenuante dell'efficacia causale non esclusiva dell'azione o omissione del colpevole alla luce del concorso di colpa della persona offesa o di altre concause (art. 589-*bis* cod. pen.) il minimo edittale per il reato base è infatti raddoppiato (da due a quattro anni di reclusione).

allarme sociale»⁶³¹.

Si tratta di *topoi* argomentativi che un peso specifico nella conservazione della discrezionalità legislativa continuano a mantenerlo. Anche nel nuovo corso⁶³².

2.6. Minime osservazioni sulla pena naturale.

La sentenza n. 48 del 2024 decide la prima questione di legittimità costituzionale incentrata sul concetto di ‘pena naturale’, ovvero sia una situazione che nel quadro della commissione di un reato colposo implica che l’autore abbia subito conseguenze gravi al punto da far venire meno lo scopo della sanzione⁶³³. Essendo la questione una sorta di *unicum* nella giurisprudenza costituzionale, ai nostri fini può essere interessante prendere in considerazione la risposta della Corte⁶³⁴.

Il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale dell’art. 529 cod. proc. pen. «nella parte in cui, nei procedimenti relativi a reati colposi, non prevede la possibilità per il giudice di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l’agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso». Il dispositivo prospettato era dunque un’addizione ad alto tasso di manipolatività, che il giudice argomentava alla luce dei parametri di cui agli artt. 3, 13 e 27, terzo comma, Cost. Una manipolazione che, come molte altre in materia penale negli ultimi anni, avrebbe potuto «riservare al giudice la possibilità – una volta valutate la gravità della colpa, la relazione tra vittima e autore del reato e le altre circostanze del caso concreto – di astenersi dal condannare l’imputato»: torna ancora una volta la questione del rapporto fra legge e giudice e della latitudine valutativa riservata al secondo. Del resto, come osserva lo stesso Giudice delle Leggi, la pena naturale è esattamente una declinazione di «potere giudiziale» che può portare a non irrogare la pena o a diminuirla «quando l’autore del reato abbia patito un danno significativo in conseguenza del reato stesso»⁶³⁵. E il tragico caso

⁶³¹ *Ibidem*.

⁶³² Più in generale – dunque al di là della specifica questione del bilanciamento fra circostanze – nel discutere dell’inasprimento sanzionatorio attuato attraverso la legge n. 41 del 2016, nota per aver appunto introdotto le fattispecie di omicidio stradale e di lesioni personali stradali, la Corte osserva infatti che si tratta di sanzioni che rientrano a pieno titolo « nell’ambito dell’esercizio non irragionevole della discrezionalità del legislatore che ha ritenuto, secondo una non sindacabile opzione politica in materia penale, di contrastare in modo più energico condotte gravemente lesive dell’incolumità delle persone, che negli ultimi anni hanno creato diffuso allarme sociale» (punto 12 del *Considerato in diritto*).

⁶³³ T. PADOVANI, *La ‘pena naturale’ al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 17 aprile 2024, 1, che riprende la definizione di cui al paragrafo 60 dello Strafgesetzbuch tedesco.

⁶³⁴ In letteratura era stato osservato come in caso di decisione nel merito la Corte avrebbe potuto far chiarezza su profili del giudizio di proporzionalità delle pene e di quello sulle scelte di criminalizzazione, come sull’«effettiva portata» del divieto di sanzioni penali contrarie al senso di umanità (A. AIMI, *Alla Corte costituzionale un’inedita questione in tema di proporzionalità della “pena naturale” nell’omicidio colposo realizzato ai danni di un prossimo congiunto*, in *Sist. pen.*, 4, 2023, 50). Le cose, come vedremo, sarebbero andate in realtà diversamente, e la questione risulta assai più interessante circa le possibilità di intervento manipolativo sulle sanzioni penali di cui la Corte costituzionale ritiene di esser titolare.

⁶³⁵ Punto 4 del *Considerato in diritto*.

su cui l'incidente di legittimità costituzionale s'innestava sembrava implicare proprio un danno del genere⁶³⁶.

La Corte costituzionale, che pure supera le eccezioni d'inammissibilità dell'avvocatura dello stato⁶³⁷, rigetta la questione con una serie di argomenti che, pur funzionali alla declaratoria d'infondatezza rispetto allo specifico caso in esame, nel quadro della giurisprudenza in materia penale sembrerebbero poter avere una qualche valenza più generale. I giudici di Palazzo della Consulta osservano infatti che, sebbene la pena naturale non sia estranea ad altre esperienze ordinamentali, il *petitum* sarebbe però «talmente ampio da risultare incompatibile con la tesi della sussistenza di un corrispondente vincolo costituzionale, e questa valutazione trova conferma nelle caratteristiche peculiari della fattispecie oggetto del giudizio principale». Vengono quindi evidenziati tre differenti sintomi di questa latitudine eccessiva della richiesta di addizione, ciascuno di per sé – precisa la Corte – «sufficiente ad inficiarne la fondatezza»⁶³⁸: a) l'indiscriminato riferimento all'elemento della colpa, la quale può invece declinarsi in varie forme anche «molto diverse tra loro sotto il profilo criminologico e della protezione dei beni»⁶³⁹; b) la vaghezza della nozione di «prossimo congiunto» che alla luce della disposizione di cui all'art. 307 cod. pen. si spinge ben oltre il nucleo familiare⁶⁴⁰; c) la prospettazione della «formula terminativa di maggior favore per l'imputato» avanzata dal giudice rimettente non si confronta con la molteplicità delle possibili declinazioni di un ipotetico istituto della pena naturale, perché, conclude la Corte, «non vi sono ragioni costituzionali in base alle quali la pena naturale da omicidio colposo del prossimo congiunto debba integrare una causa di non procedibilità, anziché, *in thesi*, un'esimente di carattere sostanziale, ovvero ancora una circostanza attenuante soggettiva»⁶⁴¹.

Vicenda da cui, se possiamo trarne una – almeno in linea di principio – non radicale preclusione costituzionale all'introduzione di un istituto che in qualche modo risponda alle stesse esigenze manifestate dal giudice rimettente, si ricava pure un'ulteriore indicazione circa la discrezionalità legislativa residua in materia penale: il

⁶³⁶ La tragica vicenda riguardava la caduta risultata mortale del nipote del titolare di una ditta durante le operazioni di riparazione del tetto di un capannone. Osserva M. MANTOVANI, *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in *Sist. pen.*, 6, 2024, 38 che la fattispecie concreta sarebbe stata riconducibile ai casi in cui nell'esperienza giuridica tedesca si configura l'astensione da pena.

⁶³⁷ Fra le eccezioni ritenute infondate, quella dell'inammissibilità per discrezionalità legislativa osservando che il giudice rimettente assumeva l'omissione come passibile di configurare «un'irragionevolezza manifesta, una lacuna capace di determinare la torsione della pena da sanzione rieducativa a "crudele accanimento dello Stato"» (punto 2.2.1 del *Considerato in diritto*). Sembrerebbe che l'inammissibilità sia quindi superata – a leggere fra le righe – sempre alla luce del più volte declamato fine della tutela dei diritti fondamentali anche in materia penale.

⁶³⁸ Punto 5 del *Considerato in diritto*.

⁶³⁹ Punti 5.1 e 5.1.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴⁰ Punti 5.2 e 5.2.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴¹ Punti 5.3 e 5.3.1 del *Considerato in diritto*. Del resto, la Corte ha qui gioco facile nel ricordare che, trattando della particolare tenuità del fatto, aveva già affermato (sentenza n. 120 del 2019) che la configurazione di un evento come causa di procedibilità o come causa di non punibilità implica effetti decisamente differenti, «riguardo all'iscrizione della pronuncia nel casellario giudiziario, all'idoneità della stessa a formare il giudicato sull'illiceità penale della condotta e, di conseguenza riguardo all'impugnabilità della pronuncia medesima».

legislatore è infatti titolare di un'ampia latitudine valutativa nell'intervenire sugli istituti della punibilità⁶⁴²; soprattutto, nel rispondere a specifiche istanze di tutela dei diritti fondamentali o di rimodulazione del potere punitivo ricorrendo alle tipologie di istituti che ritenga, in ipotesi, più opportune. Come del resto, nel caso della pena naturale. Soprattutto l'ultimo dei tre argomenti funzionali a definire il *petitum* eccessivamente ampio restituisce chiaramente il riflesso di una Corte costituzionale che, almeno sul terreno dell'*an* della definizione di strutture normative aperte a una pluralità di soluzioni possibili, continua a rimanere assai rispettosa della discrezionalità legislativa.

3. Discrezionalità legislativa e costruzione della fattispecie-base: la «tecnica del ritaglio».

Un'altra dorsale su cui il legislatore continua a conservare un'ampia discrezionalità riguarda la costruzione della fattispecie-base. In questo tipo di produzione legislativa, la Corte costituzionale ha peraltro individuato forme normative rispetto al cui impiego riconosce una latitudine discrezionale al massimo grado. Ci riferiamo in particolare alla cosiddetta 'tecnica del ritaglio'.

Questa tecnica consiste appunto «nel “ritagliare” fattispecie di minore gravità in funzione di un riequilibrio complessivo della disciplina penale», specie nei casi di «formulazione molto ampia» del reato-base⁶⁴³. Ipotesi che si è ad esempio verificata, come osserva la Corte, in relazione alla circostanza attenuante della «lieve entità» dei fatti di 'spaccio' di sostanze stupefacenti prima della rimodulazione in reato autonomo (art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990), nel caso della ricettazione «di particolare tenuità» (art. 648, secondo comma, cod. pen.), in quello dei fatti meno gravi di abusi sessuali sussumibili nella nozione di «violenza sessuale» (art. 609-bis, terzo comma, cod. pen.) e nei casi di bancarotta fraudolenta e semplice e di ricorso abusivo al credito al ricorrere di un «danno patrimoniale di speciale tenuità» (art. 219, terzo comma, regio decreto n. 267 del 1942)⁶⁴⁴.

In queste ipotesi, il ricorso a particolari circostanze attenuanti consente al legislatore di riportare a un più adeguato equilibrio il rapporto tra fattispecie e sanzioni comminabili. Forme di esercizio della discrezionalità legislativa che la Corte sembra ritenere sostanzialmente insindacabili.

Se impiegare o meno la tecnica del “ritaglio” è quindi una scelta massimamente discrezionale del legislatore, poiché attiene alla costruzione della fattispecie-base, secondo criteri di maggiore o minore latitudine⁶⁴⁵.

Un'insindacabilità che alla luce di quanto si è detto sull'*ultima ratio* come *topos*

⁶⁴² Che, ricordiamo, rappresentano la terza forma di esercizio del potere discrezionale legislativo in materia penale (I.3.3).

⁶⁴³ Sentenza n. 117 del 2021 (rel. Petitti) in tema di furto in abitazione, punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴⁴ Sentenza n. 88 del 2019 (rel. Amoroso) punto 13 del *Considerato in diritto*.

⁶⁴⁵ Sentenza n. 117 del 2021, punto 8.1 del *Considerato in diritto*.

argomentativo funzionale a conservare la discrezionalità legislativa anziché a comprimerla⁶⁴⁶ non è del resto sorprendente, se si guarda alla questione dal punto di vista della scelta normativa di utilizzare questa tecnica. Guardandola dalla prospettiva opposta, il mancato ricorso al ritaglio è certamente una scelta che la Corte costituzionale sindacava in linea di principio con più rigore, ma il limite dell'irragionevolezza manifesta non è semplice da superare.

Il riconoscimento di questo spazio riservato all'opportunità politica ha infatti condotto la Corte a rigettare questioni di legittimità sul mancato ricorso a questa tecnica ad esempio alla luce dell'argomento per cui «il divieto di bilanciamento è posto a servizio di un bene giuridico di primario valore... al quale il legislatore ha scelto di assegnare una tutela rafforzata, con opzione discrezionale e non irragionevole»⁶⁴⁷, o di quello per cui l'attenuante rispetto alla quale è precluso il bilanciamento con aggravanti privilegiate non attiene all'offensività ma all'efficienza causale⁶⁴⁸. In definitiva, il legislatore può con la massima discrezionalità decidere di non ricorrere alla tecnica del ritaglio quando la sua scelta normativa sia giustificabile alla luce di *topoi* argomentativi incentrati su istanze di tutela particolarmente pregnanti.

4. Ancora in tema di automatismi.

Delle linee giurisprudenziali in tema di automatismi abbiamo già detto, individuando in esse un chiaro sintomo di riduzione della discrezionalità legislativa. La questione centrale rimane l'incapacità di adeguamento del tessuto legislativo – meglio: delle norme legislative – ai sussulti del reale alla luce dei parametri costituzionali di volta in volta individuati, e dunque il rapporto fra il giudice e la legge.

Ora, se pure la giurisprudenza in tema di automatismi rilevi essenzialmente in una prospettiva di riduzione della discrezionalità, il tema non è del tutto estraneo all'analisi degli spazi residui della stessa, perché la Corte costituzionale non ritiene che ogni automatismo sia, proprio in quanto automatismo, di per sé irragionevole. Tutto dipende infatti dalla morfologia delle norme e dal loro razionale nel tessuto legislativo. Un ottimo esempio è rappresentato dalla sentenza n. 66 del 2023 (rel. Zanon) in tema di libertà vigilata.

Il giudice rimettente dubitava della legittimità costituzionale degli artt. 177, secondo comma e 230, primo comma, n. 2) cod. pen. rispetto agli artt. 3 e 27 Cost. a) nella parte in cui stabiliscono l'applicazione obbligatoria della libertà vigilata al condannato all'ergastolo ammesso alla liberazione condizionale, b) nella parte in cui stabiliscono la durata della stessa libertà vigilata nella misura predeterminata e

⁶⁴⁶ Come abbiamo evidenziato in I.4.

⁶⁴⁷ Così ancora la sentenza n. 117 del 2021, punto 9.4 del *Considerato in diritto*, in cui questo valore viene individuato nell'«intimità della persona raccolta nella sua abitazione». La Corte osserva non a caso che nel caso del furto in abitazione «l'offensività patrimoniale assume una peculiare connotazione personalistica, in ragione dell'aggancio con l'inviolabilità del domicilio assicurata dall'art. 14 Cost.» (punto 9.4.1 del *Considerato in diritto*) inteso, riprendendo la sentenza n. 135 del 2002, quale «proiezione spaziale della persona».

⁶⁴⁸ Sentenza n. 88 del 2019, punto 13 del *Considerato in diritto*.

fissa di cinque anni, c) nella parte in cui precludono al magistrato di sorveglianza la valutazione in concreto, nel corso della misura, della sua permanente adeguatezza alle esigenze di reinserimento sociale del liberato condizionalmente, impedendo dunque l'applicabilità della revoca anticipata e d) per violazione del principio di eguaglianza. Tutti aspetti che sottendono alcune delle principali sofferenze costituzionali implicate dal ricorso ad automatismi legislativi; il che rende il rigetto delle questioni da parte della Corte costituzionale di estremo interesse.

Più nello specifico, la Corte ricostruisce l'istituto osservando che se non v'è dubbio ch'esso configuri una misura di sicurezza, nel caso in cui sia disposta ex art. 230, primo comma, n. 2), cod. pen. la questione è del tutto differente, stante l'«impossibilità di assimilare la comune figura della libertà vigilata a quella particolare conseguente alla liberazione condizionale»⁶⁴⁹. Nel caso in questione, la libertà vigilata assume infatti una forma di prosecuzione della pena comminata in origine, e «si lega inscindibilmente» alla liberazione condizionale, con la quale forma «un tutt'uno»⁶⁵⁰, la cui *ratio* consiste nell'accompagnare il condannato alla prova in libertà⁶⁵¹ verificandone il sicuro ravvedimento. La libertà vigilata è, in questi termini, un'autentica forma di «attenuazione, in sede d'ammissione alla liberazione condizionale, dell'originaria pena detentiva»⁶⁵². Conclusioni che, ricorda la Corte, trovano del resto conferma nella giurisprudenza di legittimità⁶⁵³. Dal punto di vista argomentativo, ci sono già tutte le premesse per avviare la pronuncia al rigetto della questione.

Dalla ricostruzione dell'istituto, «tutt'uno» con la liberazione condizionale e 'prosecuzione attenuata' della pena comminata, consegue infatti a) «l'erroneità della pretesa di applicare alla libertà vigilata ordinata in conseguenza dell'ammissione alla liberazione condizionale lo statuto proprio delle misure di sicurezza», con l'esclusione della necessaria attribuzione al giudice di una valutazione sulla sussistenza della pericolosità sociale nell'applicazione iniziale della misura e sulla sua permanenza in costanza di esecuzione e b) l'erronea invocazione del principio di mobilità della pena, perché l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio viene in questo caso «assicurata in tutte le sedi necessarie: in quella di predeterminazione legale, ad opera del legislatore, in sede di condanna, dal giudice, che ha così potuto irrogare una pena di entità proporzionata al fatto da questi commesso». Il punto fondamentale è infatti l'emersione nel «disegno legislativo» di una fissità nella durata della libertà vigilata motivata dal fatto che «il soggetto ammesso alla liberazione condizionale sta espiando, in forma diversa, la pena originariamente inflittagli, questa sì doverosamente commisurata alle specificità della situazione concreta»⁶⁵⁴.

Il che, precisa la Corte, non implica anche che il legislatore sia comunque tenuto a garantire nella complessiva disciplina di un simile istituto il rispetto del finalismo rieducativo; tant'è che l'applicazione della misura, si osserva, se è vincolata nell'an

⁶⁴⁹ Vengono qui richiamate le sentenze n. 11 del 1970 e n. 78 del 1977.

⁶⁵⁰ Sentenza n. 66 del 2023, punto 7 del *Considerato in diritto*.

⁶⁵¹ Si richiama qui la sentenza n. 282 del 1989.

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ Sentenza n. 66 del 2023, punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁶⁵⁴ Punto 9 del *Considerato in diritto*.

e nel *quantum* non lo è invece nel *quomodo*. Il magistrato di sorveglianza è infatti messo dal tessuto legislativo nelle condizioni «di definire il complesso delle limitazioni cui sottoporre il vigilato, in coerenza con la specifica situazione personale ed ambientale in cui questo versì, ed eventualmente di rimodularle nel corso del tempo»: ragion per cui, chiosa la Corte, la disciplina censurata non è esente da «elasticità e capacità di adattamento»⁶⁵⁵.

Tanto basta a dichiarare la questione infondata, attraverso un rigetto che trova i propri presupposti esattamente nella ricostruzione della natura dell'istituto di cui si discute; la discrezionalità legislativa finisce quindi per conservarsi attraverso il suo stesso esercizio alla luce della specifica morfologia del tessuto normativo⁶⁵⁶. Un rigetto che restituisce peraltro il riflesso di una discrezionalità legislativa nell'immettere automatismi nel tessuto normativo i cui spazi saranno senz'altro ridotti, ma non del tutto annullati.

5. Discrezionalità legislativa, offensività, «responsabilità penale d'autore».

Un importante limite opposto dall'ordine costituzionale al potere di normazione penale è tradizionalmente rappresentato dal 'diritto penale del fatto' implicato dalla morfologia della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che implica – o dovrebbe implicare⁶⁵⁷ – divieto di un «responsabilità penale d'autore»; limite che, per il suo essere radicato anche nella giurisprudenza del passato legandosi alla normatività dispiegata dal principio di offensività, non sembrerebbe

⁶⁵⁵ Punto 10 del *Considerato in diritto*.

⁶⁵⁶ Osserva L. DE ANGELIS, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla legittimità della libertà vigilata applicata a seguito della concessione della liberazione condizionale: una pronuncia che fa chiarezza ma che lascia ancora qualche nodo da sciogliere*, in *Arch. pen.*, 2023, 17 che «se da un lato, avendo ricondotto l'istituto in esame in toto alla disciplina della liberazione condizionale, l'intervento della Corte ha certamente superato i problemi sollevati dal giudice a quo – relativi alla finalità e alla ratio della libertà vigilata –, dall'altro, può comunque rimanere l'impressione che, l'aver svuotato di autonomia tale istituto, abbia rappresentato un utile escamotage per aggirare la questione di costituzionalità», sottolineando la persistenza di una problematica ambiguità nella riconduzione dell'istituto a un certo tipo normativo e della stessa presunzione di pericolosità su cui lo stesso sembrerebbe comunque strutturarsi. Definisce la pronuncia «una sorta di inversione di marcia» nella giurisprudenza in tema di automatismi sanzionatori V. POLIMENI, *Considerazioni a margine della sentenza Corte cost., 11 aprile 2023, n. 66: una battuta d'arresto nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul superamento degli automatismi sanzionatori?*, in *Arch. pen.*, 3, 2023, 4 ss., che sostiene peraltro come l'argomento della natura della libertà vigilata ex art. 230, primo comma, n. 2, cod. pen. non fosse affatto dirimente ai fini della decisione della questione, abbracciando la prospettiva del giudice rimettente che l'aveva ritenuta «una sanzione a tutti gli effetti», dal che «negando a priori ogni spazio di discrezionalità giudiziaria», la presunzione assoluta «impedisce di diversificare la risposta sanzionatoria in base alle specifiche esigenze del condannato». Ecco che al centro delle riflessioni sul tema torna ancora una volta il rapporto fra il giudice e la legge, e più in particolare la questione della latitudine in fase interpretativo-applicativa che le disposizioni garantiscono a chi interpreta e applica il diritto.

⁶⁵⁷ Utilizziamo il condizionale perché, come si vedrà poco oltre, il limite in questione non è letto dalla Corte costituzionale come obbligo negativo, implicando dunque l'eventuale configurazione di vizi di violazione diretta della Costituzione da parte della legge che non sia ad esso conforme; i giudici di Palazzo della Consulta sembrano infatti interpretare la disposizione come espressiva di un parametro di fronte al quale la legge può configurare al più un vizio funzionale (irragionevolezza manifesta).

potersi ascrivere ai sintomi di una riduzione della discrezionalità legislativa⁶⁵⁸. Detto questo, se la normatività del principio di offensività implica l'irragionevolezza della configurazione di una responsabilità «per il modo di essere dell'autore» senza un'offesa per il bene tutelato dalla norma penale⁶⁵⁹, in realtà proprio per l'implicare una valutazione di ragionevolezza – dove altrimenti dovrebbero sussistere limiti negativi e in ipotesi vizi di violazione diretta della Costituzione – implica l'esistenza di spazi di discrezionalità legislativa. D'altronde, nonostante il dover essere implicato dal principio di offensività, l'ampia discrezionalità legislativa tradizionalmente riconosciuta nella configurazione delle fattispecie penali «si estende anche alla scelta delle modalità di protezione penale dei singoli beni o interessi», tant'è che «in detta sfera di discrezionalità» rientra ad esempio «l'opzione per forme di tutela avanzata, che colpiscano l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo; nonché, correlativamente, l'individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva»⁶⁶⁰. E dunque uno spazio di discrezionalità permane.

La Corte ha non a caso affermato che l'offensività «anche nella sua configurazione come fattispecie di pericolo, postula che le qualità personali dei soggetti o i comportamenti pregressi degli stessi non possono giustificare disposizioni che attribuiscono rilevanza penale a condizioni soggettive, salvo che tale trattamento specifico e differenziato rispetto ad altre persone non risponda alla *necessità di preservare altri interessi meritevoli di tutela*»⁶⁶¹.

E proprio attraverso l'accertamento dell'offensività nella sua dimensione astratta ha portato la Corte costituzionale a rigettare questioni prospettate su norme penali poste a tutela dell'ordine pubblico⁶⁶², dei diritti fondamentali di soggetti vulnerabili e di persone che esercitano la prostituzione per scelta⁶⁶³, della reputazione della

⁶⁵⁸ Pensiamo ad esempio alla sentenza n. 110 del 1968 in tema di possesso ingiustificato di valori, alla n. 14 del 1971 in tema di possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli, alla n. 354 del 2002 in tema di ubriachezza o, venendo ad anni più recenti, alla sentenza n. 249 del 2010 sull'aggravante comune per i fatti commessi trovandosi illegalmente sul territorio nazionale.

⁶⁵⁹ Sentenza n. 225 del 2008, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁶⁶⁰ Punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶⁶¹ Sentenza n. 211 del 2022, punto 7.2 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

⁶⁶² Sentenza n. 99 del 2017 (rel. Lattanzi) in tema di misure di prevenzione. Nel caso di specie la Corte era chiamata a sindacare la legittimità costituzionale dell'art. 31, comma 1, legge n. 646 del 1982 («Disposizioni in materia di misure di prevenzione di carattere patrimoniale ed integrazioni alle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, 10 febbraio 1962, n. 57 e 31 maggio 1965, n. 575. Istituzione di una commissione parlamentare sul fenomeno della mafia»). Oggetto della questione era la criminalizzazione della mancata comunicazione di variazioni patrimoniali al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale da parte delle persone indicate dall'art. 30 della stessa legge (persone condannate per i delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. o sottoposte con provvedimento definitivo a una misura di prevenzione di cui alla legge n. 575 del 1965). La Corte rigetta la questione proprio alla luce dell'accertamento dell'offensività astratta della condotta, che – in linea con la giurisprudenza della Corte di cassazione – comprometterebbe l'obiettivo di consentire alla polizia tributaria di svolgere i propri controlli patrimoniali, i quali devono peraltro potersi svolgere con immediatezza.

⁶⁶³ Sentenza n. 141 del 2019 (rel. Modugno) in tema di favoreggiamento della prostituzione. Qui la Corte sottolinea come proprio l'individuazione del valore protetto dalla norma penale renda la norma stessa rispettosa dei canoni della sua stessa giurisprudenza. Il che, viene precisato, non implica il

persona⁶⁶⁴ o, ancora, della sicurezza della circolazione stradale⁶⁶⁵.

La Corte ha invece escluso spazi di discrezionalità ad esempio nel caso di una «persistente rilevanza penale» di una condotta che in generale è stata sottoposta a depenalizzazione «in ragione della sola qualità di prevenuto», in quanto l'ipotesi configura proprio «una inammissibile responsabilità penale cosiddetta d'autore»⁶⁶⁶. Il che, in definitiva, sembra tradurre un bilanciamento fra il rispetto eguale dovuto a ogni persona posta di fronte al pubblico potere e istanze di sicurezza sociale;

carattere costituzionalmente imposto della criminalizzazione delle «condotte parallele» alla prostituzione, e né tantomeno che «che il legislatore non possa, nella sua discrezionalità, decidere di fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa»; la scelta legislativa sindacata, chiosa infatti la Corte, «rientra, semplicemente, nel ventaglio delle possibili opzioni di politica criminale, non contrastanti con la Costituzione» (punto 7.3 del *Considerato in diritto*; in senso analogo la sentenza n. 278 del 2019). In realtà, in questo caso non è pacifico quale sia il bene protetto dalla norma penale, come la stessa Corte riconosce nel ripercorrere la giurisprudenza di legittimità sul punto; e tuttavia, come viene osservato, è certo che esso cadesse comunque nell'ambito dei diritti fondamentali di cui si è detto.

⁶⁶⁴ Sentenza n. 150 del 2021 (rel. Viganò) in tema di diffamazione, con la quale la questione di legittimità dell'art. 595, terzo comma, cod. pen. incentrata sull'asserita violazione del principio di offensività per via del «carattere sproporzionato, irragionevole e non necessario della sanzione detentiva rispetto al bene giuridico tutelato» viene dichiarata manifestamente infondata. Osserva infatti la Corte che la diffamazione è reato «tutt'altro che inoffensivo, essendo posto a tutela di un diritto fondamentale, quale la reputazione della persona, di primario rilievo nell'ordinamento costituzionale» (punto 7 del *Considerato in diritto*).

⁶⁶⁵ Sentenza n. 211 del 2022 (rel. Amoroso) in tema di violazioni al codice della strada commesse da una persona già sottoposta con provvedimento definitivo a una misura di prevenzione personale (art. 73 d.lgs. n. 159 del 2011 («Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136»). Osserva la Corte costituzionale che la differenziazione nella risposta punitiva rispetto, da un lato, alla condotta di chi guidi senza patente non avendo ricevuto l'applicazione di misure di prevenzione personali e dall'altro di chi ponga in essere la stessa condotta essendone invece sottoposto alla luce di un'accertata pericolosità «risponde ad una non irragionevole scelta del legislatore in materia di politiche sanzionatorie, coerente ad un legittimo inasprimento della risposta punitiva in relazione al differente disvalore della condotta e alla diversa intensità dell'offesa ai beni protetti». Più precisamente, la Corte sottolinea che rientra «nella non irragionevole opzione legislativa» una reazione ordinamentale graduata, che implichi ad esempio la sanzione amministrativa per un illecito meno grave «allo scopo di assicurare il bene della sicurezza della circolazione stradale», e allo stesso tempo una risposta sanzionatoria più severa della medesima condotta, «realizzata da persone pericolose perché soggette in via definitiva a misure di prevenzione personali» (punto 8 del *Considerato in diritto*).

⁶⁶⁶ Sentenza n. 116 del 2024 (rel. Amoroso) in tema di guida senza patente perché revocata o sospesa per precedenti violazioni del codice della strada. Nel caso di specie, la Corte osserva che «l'incriminazione dello "status" di sottoposto a misura di prevenzione personale che non si rifletta su una maggiore pericolosità o dannosità, e, quindi, offensività, della condotta» è incompatibile con il principio di offensività «in assenza della violazione di una specifica prescrizione che sia ricollegabile alla condizione soggettiva di destinatario della misura di prevenzione personale» (punto 8 del *Considerato in diritto*). L'art. 73 d.lgs. n. 159 del 2011 viene dichiarato illegittimo «nella parte in cui prevede come reato la condotta di colui che – sottoposto a misura di prevenzione personale con provvedimento definitivo, ma senza che per tale ragione gli sia stata revocata la patente di guida – si ponga alla guida di un veicolo dopo che il titolo abilitativo gli sia stato revocato o sospeso a causa di precedenti violazioni di disposizioni del codice della strada». In conseguenza della «riduzione dell'ambito applicativo della fattispecie», la Corte evidenzia la riespansione di quella generale sottoposta a depenalizzazione (art. 116, comma 15, cod. strada) ormai illecito amministrativo.

ovverosia, esattamente il bilanciamento già individuato sotteso all'esercizio della potestà punitiva.

6. Il caso della sospensione del corso di prescrizione del reato durante la pandemia da COVID-19.

Se la tutela effettiva dei diritti fondamentali rappresenta il fine nobile che nell'ultimo decennio ha portato la Corte costituzionale a sentirsi legittimata a ridurre la discrezionalità legislativa perfino in materia penale⁶⁶⁷, non mancano però segnali in apparente controtendenza con la giurisprudenza in questione. Fra questi, merita d'essere presa in considerazione una linea giurisprudenziale in tema di determinatezza del precetto e prescrizione del reato, che ha riguardato alcune disposizioni relative alla sospensione dei termini di quest'ultima durante l'emergenza pandemica da COVID-19. Ci riferiamo in particolare alle due note pronunce n. 278 del 2020 (rel. Zanon, red. Amoroso) e n. 140 del 2021 (rel. Amoroso).

Con la prima, la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, comma 4, decreto-legge n. 18 del 2020 («Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19») convertito dalla legge n. 27 del 2020. Più in particolare, la disposizione esprimeva la regola per cui, per ogni procedimento in corso dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020, il corso della prescrizione dei reati sarebbe stato sospeso assieme alla celebrazione dei procedimenti. La Corte costituzionale motiva il rigetto attraverso l'argomento per cui questa sospensione verrebbe sussunta entro la causa generale di sospensione della prescrizione di cui all'art. 159 cod. pen., per la quale «il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale... è imposta da una particolare disposizione di legge». Disposizione che secondo la Corte «rispetta il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., avendo un contenuto sufficientemente preciso e determinato, aperto all'integrazione di altre più specifiche disposizioni di legge, le quali devono comunque rispettare... il principio della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) e quello di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3, primo comma, Cost.)»⁶⁶⁸.

Con la seconda pronuncia la Corte ha invece accolto la questione di legittimità del comma 9 dello stesso art. 83 decreto-legge n. 18 del 2020, ritenuto illegittimo nella parte in cui prevedeva la sospensione del corso della prescrizione per il tempo in cui i procedimenti penali fossero stati rinviati per motivi organizzativi su disposizione dei capi degli uffici giudiziari⁶⁶⁹. Osservano qui i giudici di Palazzo della Consulta che la norma censurata, nel prevedere una fattispecie sospensiva del termine di prescrizione, «rinvia a una regola processuale, recante la sospensione del processo, il cui contenuto è definito integralmente dalle misure organizzative

⁶⁶⁷ Si vedano ancora una volta le considerazioni svolte fin dalla relazione annuale sulla giurisprudenza della Corte della presidenza Lattanzi.

⁶⁶⁸ Sentenza n. 278 del 2020, punto 13 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

⁶⁶⁹ Si veda il comma 7, lett. g, dello stesso articolo 83.

del capo dell'ufficio giudiziario, così esibendo un radicale deficit di determinatezza, per legge, della fattispecie, con conseguente lesione del principio di legalità limitatamente alla ricaduta di tale regola sul decorso della prescrizione»⁶⁷⁰. Di fatti, «è solo al momento dell'adozione del provvedimento di rinvio del processo che si completa e si integra, caso per caso, la fattispecie legittimante il rinvio stesso», per cui «la regola speciale finisce per avere un'imprevedibile variabilità in sostanza non dissimile da quella che avrebbe avuto il contenuto della “regola Taricco”»⁶⁷¹.

Il punto rilevante ai fini del nostro studio è una sorta di divaricazione argomentativa fra le due decisioni che merita di essere messa a fuoco, e che ha non a caso portato a definirle «una doppia difforme»⁶⁷².

Secondo una lettura critica delle due decisioni, la Corte costituzionale ribadisce infatti la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione del reato, riprendendo i principi espressi nelle pronunce sulla ‘regola Taricco’⁶⁷³ ma, nel farlo, con la sentenza n. 278 del 2020 li priverebbe del pregnante significato che in queste gli veniva ascrivito attraverso una lettura della disposizione codicistica «che consente di introdurre qualsivoglia regola processuale retroattiva (in quanto sottoposta al principio *tempus regit actum*) con effetti automatici in tema di sospensione della prescrizione sostanziale e conseguente allungamento di fatto della sua durata»⁶⁷⁴. Ciò che in altri termini sarebbe mancato è la distinzione fra sospensioni che devono misurarsi col divieto di retroattività delle norme penali di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e sospensioni che dallo stesso prescindano: se infatti nuove ipotesi di sospensione del corso della prescrizione venissero introdotte legandosi «alla gestione di determinati reati, definiti per titolo», il fondamento della norma trascenderebbe la sola dimensione processuale, andando a collidere col divieto di retroattività⁶⁷⁵. Un argomentare che, è stato detto, «affida una cambiale in bianco al legislatore», perché rende sufficiente che questi qualifichi certi eventi o attività come ipotesi di «sospensione del processo», al che «*in automatico* potrà sospendere retroattivamente la prescrizione dei reati ai quali quel fatto è collegato»⁶⁷⁶. Insomma, lo scarto rispetto alla giurisprudenza costituzionale culminata nella sentenza n. 115 del 2018 sulla vicenda Taricco risiederebbe nel declamare la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione e al contempo aprire «smisuratamente alle ipotesi sopravvenute di sospensione processuale retroattive, purché tali ipotesi

⁶⁷⁰ Sentenza n. 140 del 2021, punto 16 del *Considerato in diritto*, enfasi nostra.

⁶⁷¹ *Ibidem*.

⁶⁷² M. DONINI, *Le antinomie di una doppia difforme: C. cost. nn. 140/2021 e 278/2020*, in *Giur. cost.*, 2021, 1502 ss.

⁶⁷³ Ordinanza n. 24 del 2017 e sentenza n. 115 del 2018, su cui ci siamo soffermati più ampiamente *supra* (I.6.2).

⁶⁷⁴ M. DONINI, *Le antinomie di una doppia difforme*, cit., 1506.

⁶⁷⁵ *Ibidem*. L'autore citato osserva infatti che la Corte finisce per ritenere «che qualsiasi sospensione processuale introdotta dalla legge appartenga alla “classe delle ipotesi” previste *ab origine* dall'art. 159, comma 1 c.p., anche se non espressamente individuate, ma introdotte in seguito: essendo già previste come classe dalla legge del 1930, esse non retroagirebbero mai veramente, perché sarebbero già previste *ex ante*».

⁶⁷⁶ *Ivi*, 1507.

non lascino spazio a discrezionalità del giudice»⁶⁷⁷. Un'impostazione, quella abbracciata con la prima pronuncia, che avrebbe poi ritrovato una coerenza di fondo attraverso una sorta di lettura *ex post* che viene data alla sentenza del 2020 in quella del 2021, quando si osserva che la norma censurata era una «regola processuale»⁶⁷⁸ implicante una sospensione dell'esercizio della giurisdizione e in quanto tale estranea alla *ratio* di garanzia del divieto di retroattività delle norme penali⁶⁷⁹. Il tutto nel quadro di una condivisione da parte della Corte costituzionale di un orientamento della Corte di cassazione⁶⁸⁰ – che ha trovato sponde in parte della penalistica⁶⁸¹ – che legittimava questo nesso d'integrazione fra la disposizione di cui all'art. 159 cod. pen. e quella di cui all'art. 83, comma 4, decreto-legge n. 18 del 2020; il che porta dunque a un'«*inversione di rotta* rispetto all'affermazione del carattere sostanziale della prescrizione», andando nella direzione di «*una sua marcata processualizzazione*» che ha poi trovato uno sviluppo nel tessuto legislativo attraverso l'introduzione dell'istituto dell'improcedibilità nei giudizi di appello e di cassazione con la « *riforma Cartabia*»⁶⁸².

Quel che è certo, è che la coppia di decisioni – specialmente la prima – ha alimentato un dibattito di un certo rilievo.

La pronuncia del 2020 è stata ad esempio criticata perché l'integrazione della norma generale espressa dall'art. 159 cod. pen. attraverso norme sospensive successive del corso della prescrizione non sarebbe distinguibile «se non nominalmente, da una qualsiasi modifica normativa che entri in vigore dopo la commissione del fatto da parte del soggetto agente». Il che svuoterebbe di senso la *ratio* della prevedibilità della norma penale alla base della garanzia del divieto di retroattività, facilitando la sottrazione della sospensione della prescrizione dalla legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., passando così «dal piano del bilanciamento inattuabile a quello del bilanciamento possibile»⁶⁸³ proprio dei principi espressi dagli artt. 3 e 111 Cost. La seconda pronuncia, accogliendo la questione, non avrebbe poi fatto altro che amplificare le perplessità suscitate dalla prima, in quanto – si sostiene – anche nel primo caso la persona si sarebbe trovata di fronte a un precetto indeterminato, impossibilitata a conoscere la norma sul tempo della prescrizione nel momento in cui poneva in essere la condotta⁶⁸⁴. Altre critiche hanno riguardato la considerazione frammentaria, lo «*spacchettamento*» della disposizione di cui

⁶⁷⁷ *Ibidem*.

⁶⁷⁸ Punto 13 del *Considerato in diritto*.

⁶⁷⁹ M. DONINI, *Le antinomie di una doppia difforme*, cit., 1508.

⁶⁸⁰ Si veda Cass. pen., Sez. V, n. 25222 del 2020.

⁶⁸¹ Per la tesi dell'inapplicabilità del divieto di retroattività delle norme penali alla sospensione del corso della prescrizione si veda G.L. GATTA, «*Lockdown*» della giustizia penale, *sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito*, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020, il quale distingue l'ipotesi in cui il tempo affinché il reato si prescriva sia già decorso – coperta dalla garanzia del divieto – e quella in cui invece il termine non sia ancora maturato, in cui «la legge sopravvenuta non rende punibile un fatto non punibile».

⁶⁸² M. DONINI, *Le antinomie di una doppia difforme*, cit., 1505.

⁶⁸³ D. MARTIRE e T. PISTONE, *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.*, 3, 2021, 181 s.

⁶⁸⁴ D. MARTIRE, *La prescrizione "costituzionale" del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in *Arch. pen.*, 3, 2021, 49.

all'art. 159 cod. pen. al quale si dovrebbe la soltanto parziale sussunzione dell'istituto della prescrizione nell'alveo della normatività dispiegata dalla riserva di legge penale⁶⁸⁵. Altre ancora si sono poi appuntate sulla «tassatività attenuata» che avrebbe connotato l'interpretazione data dalla Corte all'art. 159 cod. pen.⁶⁸⁶ nel passaggio in cui ne evidenzia la «funzione di cerniera» nell'esprimere una causa generale di sospensione e un elenco di altre ipotesi particolari⁶⁸⁷. Si è poi detto che la Corte avrebbe con questa pronuncia posto premesse condivisibili – il ribadire la giurisprudenza sulla vicenda Taricco con l'affermazione della natura sostanziale della prescrizione con tutto ciò che ne consegue – giungendo però a conclusioni in grado addirittura di 'spezzare' l'apparato argomentativo della pronuncia, in quanto la norma integratrice del precetto di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen. «deve rispettare i principi di ragionevole durata del processo, di ragionevolezza e di proporzionalità, ma sorprendentemente non quello di legalità sostanziale sotto forma di irretroattività sfavorevole»⁶⁸⁸. Sulla condivisibilità dei dispositivi e delle motivazioni delle due pronunce della Corte si potrebbe del resto dir molto, e di fatti non sono neppure mancate critiche agli apparati argomentativi non estese però ai dispositivi⁶⁸⁹.

In ogni caso, nella prospettiva della nostra analisi, l'elemento di maggior interesse non è tanto ciò che emerge dal raffronto con quanto la Corte aveva affermato nella vicenda relativa alla 'regola Taricco' rispetto al pur assai importante istituto della prescrizione – che è in fondo una delle possibili forme di normazione per via legislativa nell'ambito del discorso sulla punibilità⁶⁹⁰ – ma il discorso attorno ai

⁶⁸⁵ G.M. FLICK, *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2021, 55.

⁶⁸⁶ C. CUPELLI, *La sospensione della prescrizione, tra regole dell'emergenza e principi costituzionali: i chiaroscuri della sentenza n. 278 del 2020*, in *Giur. cost.*, 2020, 3246.

⁶⁸⁷ Sentenza n. 278 del 2020, punto 13 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸⁸ O. MAZZA, *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *Arch. pen.*, 1, 2021, 11.

⁶⁸⁹ Pensiamo ad esempio a quella di M. DONINI, *op. ult. cit.*, 1508 il quale s'interroga circa l'attinenza della garanzia del divieto di retroattività delle norme penali con «una forma eccezionale di sospensione della giurisdizione, o meglio del suo esercizio», e critica per lo più l'apparato argomentativo – in particolare quello della pronuncia del 2020 – in cui manca una distinzione fra ipotesi di sospensione soggette al divieto di retroattività e ipotesi di sospensione che con questo non avrebbero nulla a che fare.

⁶⁹⁰ Osserva D. PULITANÒ, *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in *Sist. pen.*, 3, 2021, 32, che in fondo la prescrizione «non è il trionfo della giustizia», ma «un modo di evitare l'ingiustizia e/o insensatezza di condanne e di punizioni fuori tempo massimo». Potremmo dunque arrivare a dire che è un istituto funzionale a evitare il formarsi di vizi funzionali – e dunque forme di irragionevolezza manifesta – nell'esercizio di potere punitivo rispetto a determinati parametri costituzionali, quali ad esempio il finalismo rieducativo. Il che, se pure restituisce tutta l'importanza dell'istituto in sé considerato nel complessivo tessuto legislativo ordinario anche alla luce della legalità costituzionale, ci dice anche che in fondo se – in via puramente ipotetica – il legislatore configurasse diversi congegni normativi funzionali a rispondere alle medesime istanze di dover essere, l'imprescindibilità della prescrizione nell'ordine costituzionale per come è stata tradizionalmente configurata potrebbe essere messa in discussione. Tant'è che, ad esempio, lo stesso autore richiamato osserva essere «ragionevole porsi il problema se il modello di disciplina possa essere articolato in modo diverso dalla dicotomia secca fra il punire e il non punire, distinguendo profili diversi delle risposte al reato» (ivi, 31). In una differente prospettiva, M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, Roma, 2022, 167 s., osserva che in fondo l'esistenza stessa della prescrizione, «comportando l'impunità del

principi costituzionali con i quali, nell'intervenire sulla disciplina della prescrizione, il legislatore deve necessariamente confrontarsi. Più in particolare occorre tenere distinti i profili relativi al principio di determinatezza, quelli relativi al divieto di retroattività e quelli relativi agli altri parametri individuati dalla Corte nei principi espressi dagli artt. 3 e 111, secondo comma, Cost. Le implicazioni sulla discrezionalità legislativa in termini limitativi e dunque conformativi sono infatti decisamente differenti.

Se il divieto di retroattività della norma penale implica infatti un limite negativo rispetto al quale si può configurare in caso di conflitto con la legislazione un vizio di violazione diretta della Costituzione, la questione relativa al principio di determinatezza – anche quello ancillare alla riserva di legge penale – e quella relativa alla ragionevole durata del processo implicano invece una valutazione di ragionevolezza e di conseguenza «un giudizio di verosimiglianza»⁶⁹¹, per cui in caso di conflitto si configurerà invece un vizio funzionale.

Ora, rispetto alla discrezionalità legislativa, il punto della questione non risiede tanto sul piano del dover essere di determinatezza della norma penale espresso dall'art. 25, secondo comma, Cost., perché come abbiamo più volte evidenziato nella nostra analisi il principio di determinatezza finisce per essere ancillare a ogni riserva di legge. E sebbene rispetto alla norma penale si è soliti parlare di una precisione del precetto più elevata, in concreto la valutazione di questo attributo non può comunque andare oltre il metro del verosimile, della logica del probabile; il che ci dice che in fondo la possibilità di censurare certe norme per la loro indeterminatezza cade esattamente sul terreno dell'irragionevolezza manifesta. Un'irragionevolezza che nelle sentenze sulla vicenda Taricco riguardava però non tanto la prevedibilità in astratto della norma penale rispetto alle possibilità d'integrazione del precetto con altra norma, quanto la latitudine valutativa in fase interpretativo-applicativa che la stessa norma penale attribuiva al giudice, punto centrale della questione assai più che il discorso attorno alla natura della prescrizione. A ben vedere, si tratta di questioni differenti: se pure rimane nel campo dell'opinabile il fatto che un rinvio mobile come quello di cui all'art. 159, primo comma, cod. pen. possa soddisfare il principio di determinatezza – il che dipende dalla specifica interpretazione della disposizione di rinvio – d'altra parte un conto è prendere in considerazione questo specifico profilo del problema, altro il fatto che – in ipotesi – la norma penale ascriva al giudice o all'amministrazione spazi di valutazione troppo ampi. E sono questioni differenti perché differente è la valutazione di verosimiglianza condotta dal giudice costituzionale e, in caso di irragionevolezza manifesta, differenti sono i rimedi che lo stesso potrebbe astrattamente approntare.

Chiaramente, ascrivere il parametro di rispondenza di una norma di legge al dover essere costituzionale espresso dall'art. 25, secondo comma o a quello di cui all'art.

reo», rappresenterebbe in fondo la «negazione» dell'idea radicale del *nullum crimen sine poena*, ovvero l'idea di «una concezione del “fine” della pena come “retribuzione” in una prospettiva “assoluta” di “giustizia” (anche sul piano “etico”)», segnandone dunque l'illegittimità. Il che rappresenta un argomento in più a favore dell'idea della polifunzionalità delle pene nel diritto costituzionale penale italiano, su cui ci siamo più ampiamente diffusi *supra* (I.3.2),

⁶⁹¹ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 63.

111 Cost. non è un'operazione indifferente, perché differenti sono poi i presupposti affinché si configuri un'eventuale irragionevolezza. Vero è che però lo scarto innegabile fra le due ipotesi nel limitare e conformare la discrezionalità legislativa risiede nel fatto che l'iscrizione al campo applicativo della riserva di legge penale implica anche un divieto di retroattività che – essendo un limite negativo – una valutazione d'irragionevolezza non la implica neppure. È dunque esattamente in questo senso che, una volta sussunta la norma sindacata dalla Corte costituzionale nel campo normativo della legalità penale, un'ipotesi di sospensione retroattiva non potrà che essere ritenuta, senza dubbio alcuno, illegittima⁶⁹².

In questo senso, se prendessimo in considerazione la consolidata giurisprudenza costituzionale in materia⁶⁹³, in cui si è tradizionalmente sottolineata «l'erroneità di ritenere la prescrizione un espediente processuale»⁶⁹⁴, potremmo senz'altro dire che le rimodulazioni relative alla sospensione⁶⁹⁵ – così come all'interruzione⁶⁹⁶ – del suo corso sono state sempre soggette a scrutini di ragionevolezza; e tuttavia, proprio la riconduzione di questa tipologia di norme alla riserva di legge penale anziché a quella di cui all'art. 111 Cost. non lascia alcun margine di opinabilità circa il dispiegarsi della normatività del divieto di retroattività. Il che, al netto del fatto che una processualizzazione della prescrizione potrebbe anche rispondere alla logica del probabile⁶⁹⁷, marca un netto scarto nella considerazione della discrezionalità legislativa.

Nel prendere in esame le due pronunce potrebbe anche porsi il prevedibile *caveat* per cui la Corte era in fondo chiamata a misurarsi con una disciplina emergenziale⁶⁹⁸ e che l'esito della questione decisa con la sentenza del 2020 – che

⁶⁹² Osserva R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid. Considerazioni a margine di Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278*, in *Sist. pen.*, 8 febbraio 2021, 8 che con la sentenza n. 278 del 2020 e in particolare nel quadro del discorso sul rapporto fra norma integrata e norma integratrice verrebbe «del tutto eluso il problema della retroattività/irretroattività», perché sostenere «che l'art. 159 preesiste e che quindi non c'è violazione della irretroattività da parte della norma integratrice, significa non fare i conti con il fatto che la norma integratrice è comunque successiva ed è su quella norma che il problema della irretroattività/retroattività si deve appuntare». Sull'«elusione del nodo retroattività-irretroattività» si sofferma in senso critico pure L. SOTTILE, *Nel dedalo del principio di legalità durante l'emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. n. 140/2021*, in *Oss. cost.*, 6, 2021, 425.

⁶⁹³ Su cui si veda I.3.3.

⁶⁹⁴ Sentenza n. 275 del 1990, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁶⁹⁵ Sentenza n. 354 del 1996.

⁶⁹⁶ Ordinanza n. 114 del 1983.

⁶⁹⁷ Osservava già a margine della vicenda Taricco M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2018, 24 s. che in fondo, anche nell'ottica di una sua processualizzazione la prescrizione non verrebbe sganciata dalla necessità di rispondere al dover essere costituzionale né sul piano del rispetto del principio di legalità (riprendendo le norme su soggezione del giudice alla legge e giusto processo di cui agli artt. 101, secondo comma e 111, secondo comma, Cost.) né su quello delle possibilità di normazione in via retroattiva, sebbene non nei termini pregnanti espressi dal divieto di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (l'autore fa infatti riferimento alla legalità CEDU per escludere la possibilità che il legislatore ponga in essere una «truffa delle etichette» introducendo una prescrizione *in malam partem* per sanzionare determinate condotte).

⁶⁹⁸ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2, 2020, 141, ammoniva già ai tempi della pandemia da COVID-19 circa il rischio di ritrovarsi, alla sua

fra le due è quella indubbiamente più problematica – non poteva che essere scritto. L'argomento non ci sembra implausibile, a patto che si ritenga la particolare sospensione del corso della prescrizione posta in essere attraverso la disposizione sindacata una forma normativa non sussumibile nel campo della riserva di legge penale.

Il che, seguendo l'incedere argomentativo della Corte costituzionale e prendendo atto della distinzione fra sospensioni riconducibili al campo applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost. e sospensioni a esso estranee, implica l'individuazione di un ulteriore, importante spazio di discrezionalità legislativa.

7. La cedevolezza del giudicato costituzionale come elemento di riespansione della discrezionalità legislativa.

...una ormai copiosa giurisprudenza di questa Corte... non ritiene più che l'impossibilità di individuare un'unica soluzione costituzionalmente obbligata al vulnus denunciato costituisca un ostacolo insuperabile all'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale, ben potendo questa Corte reperire essa stessa soluzioni costituzionalmente adeguate, già esistenti nel sistema e idonee a colmare temporaneamente la lacuna creata dalla stessa pronuncia di accoglimento della questione; *ferma restando poi la possibilità per il legislatore di individuare, nell'esercizio della propria discrezionalità, una diversa soluzione nel rispetto dei principi enunciati da questa Corte*⁶⁹⁹.

Un ulteriore spazio di discrezionalità legislativa di un certo interesse, specie alla luce della complessità che lo connota, ci sembra possa essere individuato nell'ormai pressoché rituale riconoscimento della legittimità di un intervento del legislatore sulla disciplina incisa da sentenze manipolative orientate al canone delle rime possibili. È come se l'ampia latitudine valutativa della Corte nell'individuazione di indici legislativo-ricostruttivi su cui la stessa struttura le proprie manipolazioni, dovesse esser bilanciata dal riconoscimento di uno spazio d'intervento legislativo *ex post* sulla stessa area del tessuto normativo. Si tratta, in altri termini, dell'*accentuazione* dei tratti di cedevolezza del vincolo derivante dal giudizio costituzionale⁷⁰⁰, di quello che viene definito il giudicato costituzionale.

Chiaramente, non si tratta di un vero e proprio elemento di novità della giurisprudenza costituzionale, in quanto inviti a ridefinire aree del tessuto legislativo ordinario *nel rispetto dei principi affermati dalla Corte costituzionale* non sono mancati nel caso di accoglimenti neppure in passato⁷⁰¹. Quello che però

conclusione, di fronte a «un saldo negativo in termini di libertà» legato alla domanda di una maggiore sicurezza da barattare – appunto – al prezzo di una minore libertà.

⁶⁹⁹ Sentenza n. 28 del 2022.

⁷⁰⁰ Del resto l'inammissibilità di impugnazioni contro le decisioni della Corte costituzionale (art. 137, terzo comma, Cost.) non implica affatto una preclusione nei confronti della stessa Corte di rivedere proprie posizioni assunte in passato (A. PIZZORUSSO, *Art. 137*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 695 ss.).

⁷⁰¹ Osserva ad esempio nel quadro di un'assai dettagliata analisi A. CERRI, *Giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2019, 207 s. come ad esempio in tema di giudizio d'eguaglianza il fatto che una questione sia stata accolta alla luce di un certo elemento comparativo non osta a una «nuova

cambia è la frequenza di queste precisazioni, che sembra avere una chiara correlazione con il ricorso non più così raro a dispositivi fortemente manipolativi anche in materia penale. E così se ne possono individuare di numerose ad esempio nella giurisprudenza in tema di proporzione sanzionatoria⁷⁰², in quella in tema di finalismo rieducativo rapportato a istituti del diritto penitenziario⁷⁰³, in alcune pronunce particolarmente complesse in tema di scelte di criminalizzazione e diritti fondamentali⁷⁰⁴ o, ancora in tema di sanzioni amministrative⁷⁰⁵.

Non che in passato, come dicevamo, precisazioni di questo tipo siano state estranee alle decisioni della Corte costituzionale, e del resto gli esempi non mancano⁷⁰⁶. Il punto è che in questo caso il declamato superamento della costruzione delle rime obbligate⁷⁰⁷ con tanto di passaggio a un canone per cui la Corte individua indici

legge che equipari ad un livello diverso entrambe le fattispecie considerati» (il quale riporta un ricco ventaglio di precedenti a supporto del rilievo), non essendo mancate peraltro neppure ipotesi in cui precedenti accoglimenti sono stati ritenuti «riconsiderabili, in via interpretativa, in relazione al mutato contesto normativo» oltre alle note ipotesi di inviti a intervenire rivolti al legislatore per approntare una nuova disciplina della materia su cui si sono appuntate pronunce d'accoglimento.

⁷⁰² Ad esempio, nell'importante sentenza n. 236 del 2016 in tema di alterazione di stato, la Corte precisa che un intervento legislativo, «che riconsideri funditus, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame, potrà introdurre i diversi trattamenti sanzionatori ritenuti adeguati». Pensiamo poi alla sentenza n. 222 del 2018 in tema di bancarotta (dove la soluzione individuata dalla Corte viene definita «ovviamente soggetta a eventuali rivalutazioni da parte del legislatore, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»), alla n. 40 del 2019 in tema di reati non lievi in materia di stupefacenti («la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»), alla già citata n. 28 del 2022 in tema di pene pecuniarie (dove si legge che rimane «ferma la possibilità che nell'esercizio della menzionata delega di cui alla legge n. 134 del 2021 vengano individuate soluzioni diverse, e in ipotesi ancor più adeguate, a garantire la piena conformità della disciplina della sostituzione della pena detentiva con la pena pecuniaria ai principi costituzionali»).

⁷⁰³ Pensiamo qui, fra le altre, alla sentenza n. 149 del 2018 sulla preclusione assoluta di accesso ai benefici penitenziari per i condannati all'ergastolo per aver causato la morte della persona sequestrata a scopo di estorsione (dove si riconosce esplicitamente, peraltro, che l'accoglimento potrebbe causare disparità di trattamento e dunque conseguenti disarmonie nel tessuto legislativo ordinario, il che però – si afferma nella motivazione – «non può costituire ostacolo alla dichiarazione di illegittimità della disciplina», spettando al legislatore – appunto – l'individuazione degli opportuni rimedi), alla n. 113 del 2020 sul termine di ventiquattr'ore per i reclami contro i provvedimenti sui permessi premio, alla fondamentale n. 10 del 2024 in tema di affettività in carcere.

⁷⁰⁴ Pensiamo qui ai due noti casi in tema di aiuto al suicidio (sentenza n. 242 del 2019) e diffamazione a mezzo stampa (sentenza n. 150 del 2021) in cui peraltro le decisioni della Corte costituzionale erano state precedute da un innovativo rinvio della trattazione (ordinanze n. 207 del 2018 e n. 132 del 2020) per consentire al legislatore di intervenire, sanando i profili d'illegittimità delle relative discipline.

⁷⁰⁵ Si veda ad esempio la sentenza n. 40 del 2023.

⁷⁰⁶ Pensiamo ad esempio, rimanendo alla materia penale, all'importante sentenza n. 341 del 1994 in tema di oltraggio, in cui la Corte annulla il minimo edittale di sei mesi di reclusione previsto per l'oltraggio a pubblico ufficiale, consentendo l'espansione normativa della pena di quindici giorni di reclusione cui all'art. 23 cod. pen.: un intervento, sottolinea la Corte, posto in essere «senza con ciò effettuare alcuna opzione invasiva della discrezionalità del legislatore, il quale peraltro resta libero di stabilire, per il reato medesimo, un diverso trattamento sanzionatorio, purché ragionevole nei sensi e secondo i principi illustrati nella presente pronunzia» (punto 3 del *Considerato in diritto*).

⁷⁰⁷ Come abbiamo cercato di dimostrare *supra* (II.4 e III.2) la solidità del fondamento teorico di questo canone è come minimo dubbia. E tuttavia, la condivisibilità o meno di questa giurisprudenza

ricostruttivi senza la necessità di appoggiarsi a forme – proprie o improprie – di automatismo interpretativo, implicando di per sé – e per di più con una certa evidenza – una pluralità di opzioni nella scelta normativa, non può che portare al riconoscimento esplicito di una possibilità d'intervento *ex post* al legislatore. E non è del resto casuale che la cedevolezza del giudicato costituzionale sia stata tradizionalmente più accentuata proprio in relazione alla pronuncia di sentenze manipolative, che proprio per i tratti che le innervano possono prestarsi a fisiologiche riconsiderazioni da parte della Corte costituzionale⁷⁰⁸.

Sebbene dunque il tratto di novità risieda essenzialmente in uno scarto quantitativo di queste precisazioni rispetto al passato, qualche osservazione in più rispetto alle conseguenze di questo approccio sulla discrezionalità legislativa può essere però opportuna. Anche e soprattutto per l'ovvio interesse che le implicazioni della cedevolezza di una categoria processuale classica⁷⁰⁹ portano con sé; cedevolezza di un istituto il cui razionale risiede invece proprio nella garanzia di quel frutto della modernità giuridica⁷¹⁰, del concetto finanche «oscuro»⁷¹¹ e tuttavia ineludibilmente centrale della 'certezza del diritto'. Il che è tanto più significativo alla luce del fatto che la sempre più ricca complessità del diritto sostanziale necessita un riequilibrio

da un punto di vista esterno non cambia il fatto che occorre tener conto dell'utilizzo fattone dalla Corte costituzionale, con i suoi specifici riflessi sulla discrezionalità legislativa.

⁷⁰⁸ Osserva A. PACE, *Impugnazione (inammissibile) delle sentenze interpretative di accoglimento o, piuttosto, «riconsiderazione» del decisum?*, in *Giur. cost.*, 2001, 719 s. che in fondo l'ascrizione alle interpretative d'accoglimento di «un'assoluta irretrattabilità» implicherebbe la conseguente ascrizione alla Corte costituzionale di una «potestà normativa in senso proprio» perché il presupposto di questa caratteristica sarebbe in tal caso un'asserita capacità di queste pronunce di recare con sé «sempre una caducazione del testo». Al contrario, sottolinea l'autore, «se invece si parte dalla constatazione che le sentenze interpretative di accoglimento non incidono sulla disposizione (che resta inalterata), dovrà giocoforza concludersi che il materiale normativo è conseguentemente “*still in the books*”, ed è quindi ancora giuridicamente a disposizione della Corte per un possibile suo ulteriore intervento (senza che rilevi, al riguardo, l'assenza nella Corte di potestà normativa)». Tant'è che, chiosa Pace, se la stessa elaborazione di queste pronunce nei primi anni Sessanta rispondeva in fondo alla necessità «di rimediare alla scarsa collaborazione» da un lato del legislatore e dall'altro dei giudici, allora non avrebbe senso che queste decisioni non possano, alla luce di questo loro tratto funzionale, portare a «riconsiderare» un precedente accoglimento interpretativo nell'ipotesi in cui «la norma esplicitata» nel precedente dispositivo «sia sottoposta a critiche sulla base o dei presupposti erronei su cui la pronuncia si è basata o delle assurde (e imprevedibili) conseguenze prodotte da tale norma nella sua pratica applicazione».

⁷⁰⁹ Sottolinea F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, 34 che, sebbene tutte le tipologie di giudicato (civile, penale, amministrativo, costituzionale) siano fra loro differenti, anche radicalmente, in realtà l'istituto sul quale ogni altra forma di giudicato è poi stata modellata è il giudicato civile.

⁷¹⁰ P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 4, 2014, 921 ss., il quale osservava che la 'certezza del diritto' «è un principio affermato come verità dogmatica nella civiltà giuridica moderna» che veniva intesa essenzialmente come «certezza della legge». Un paradigma messo radicalmente in crisi da un diritto «pos-moderno» in cui l'asse del discorso giuridico si sposta sull'interpretazione e sull'interprete. Pone l'accento sul tratto dogmatico che innervava il concetto in passato anche C. LUZZATI, *Ancora sulla certezza*, in *Stato, Chiese e plur. conf.*, 23, 2017, 1 ss., il quale ne sottolinea la nascita in una fase storica in cui era in corso il tentativo di «una duplice razionalizzazione», quella della sovranità «attraverso lo strumento dello stato moderno» e quella delle fonti, «attraverso la prevalenza della legge».

⁷¹¹ A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 7 luglio 2005, 1.

– esattamente nella prospettiva di una garanzia di *ragionevole certezza*⁷¹² nei processi nomopoietici – proprio in seno al diritto processuale⁷¹³. Il che probabilmente non fa eccezione neppure nella giurisprudenza costituzionale. Ma procediamo con ordine.

Intanto, com'è ovvio, questa giurisprudenza della Corte costituzionale non implica affatto l'apertura a forme di violazione del giudicato⁷¹⁴. Del resto, l'invito dei giudici di Palazzo della Consulta a intervenire non è mai vuoto di contenuto, essendo sempre presente il richiamo ai principi affermati nella pronuncia di accoglimento, i quali limitano e conformano la discrezionalità legislativa anche nel suo ipotetico, futuro esercizio.

Preso atto che si tratta comunque di rimodulazioni normative entro precisi confini di dover essere costituzionale, le conformazioni della discrezionalità legislativa sono ovviamente differenti a seconda della morfologia delle norme sindacate dalla Corte. E così, ad esempio, norme sanzionatorie sostitutive di quella individuata dalla Corte costituzionale dovranno rispondere a esigenze di proporzione individuate nel combinato disposto di cui agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.⁷¹⁵; nuove norme riconducibili a istituti della punibilità andranno giudicate alla luce della ragionevolezza in relazione ai parametri di volta in volta in rilievo, siano essi l'eguaglianza⁷¹⁶, il diritto di difesa⁷¹⁷ o il finalismo rieducativo⁷¹⁸; nuove norme che descrivono fattispecie dovranno rispondere alla logica del probabile di fronte ai principi che tracciano la morfologia dei diritti fondamentali coinvolti⁷¹⁹. Si tratta di rapporti fra legge e Costituzione differenti, e di conseguenza di spazi di discrezionalità legislativa differenti.

È poi di un certo interesse il fatto che in questi casi la Corte costituzionale non

⁷¹² Osserva N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2, 2015, 70 che «il pluralismo inevitabilmente abbassa la soglia di qualsiasi certezza legata ai comportamenti», dal che «il giurista si rende conto che non può aspirare a niente più che ad una ragionevole prevedibilità».

⁷¹³ «... la disciplina del processo civile», è stato scritto, «deve reagire alla progressiva complessità e varietà dei bisogni di tutela emergenti sul piano del diritto sostanziale adottando dei rimedi che siano a loro volta, in modo corrispondente, complessi e variegati... La certezza della disciplina processuale deve essere perseguita al massimo grado specialmente al giorno d'oggi: quanto più è inevitabile che le regole di condotta sul piano sostanziale diventino mutevoli, difficili e complicate da individuarsi, tanto più queste difficoltà devono essere controbilanciate, in caso di controversia, da una disciplina processuale che aspiri ad essere semplice e certa. *La fisiologica incertezza del diritto sostanziale deve essere compensata dalla certezza del diritto processuale, in funzione di garanzia dei poteri e doveri delle parti*» (R. CAPONI, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in *Foro it.*, I, 2006, 137 ss., enfasi nostra).

⁷¹⁴ Osservano comunque G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 259 come in realtà «un criterio chiaro per definire dove finisce la legge autonomamente incostituzionale per motivi di sostanza e la legge contrastante col giudicato non sia stato individuato dalla Corte, che agisce talora più “per impulso” che per criterio».

⁷¹⁵ Rinviando ancora una volta alle pronunce che fanno riferimento al *leading case* in tema di alterazione di stato (sentenza n. 236 del 2016) sebbene, come abbiamo avuto modo di evidenziare, inviti a rimodulare le sanzioni nella cornice dei principi affermati dalla Corte non siano mancati pure in passato (sentenza n. 341 del 1994).

⁷¹⁶ Sentenza n. 185 del 2015.

⁷¹⁷ Sentenza n. 113 del 2020.

⁷¹⁸ Sentenza n. 149 del 2018.

⁷¹⁹ Sentenze n. 242 del 2019 e n. 150 del 2021.

rinunci a rendere giustizia – giungendo ad accogliere questioni che in passato non avrebbe neppure giudicato nel merito per mancanza di rime obbligate – e che al tempo stesso inviti il legislatore a esercitare la propria discrezionalità in certi casi addirittura sostituendo la soluzione individuata. Il che in fondo dovrebbe neppure sorprendere: come dicevamo, con il passaggio dalla costruzione giurisprudenziale delle rime obbligate a quello delle rime possibili, un intervento manipolativo in cui la Corte individui una soluzione che è dichiaratamente valutata come una fra quelle possibili non può che implicare il riconoscimento di uno spazio di discrezionalità legislativa.

8. Sulla discrezionalità legislativa residua.

Provando a trarre le somme dalla nostra analisi, sembrerebbe che fra i sintomi che indicano una ridefinizione della discrezionalità legislativa e alcune delle principali linee giurisprudenziali che invece tendono alla sua conservazione dei nessi ci siano. Con un'avvertenza, però: si tratta di nessi concettualmente distinti alla luce dei casi – o meglio dei gruppi di casi – individuati, dei criteri di giudizio impiegati dalla Corte costituzionale e, in parte, anche di alcuni fattori non esogeni alla sua giurisprudenza. Insomma, rispetto all'individuazione di alcuni 'versi' della ridefinizione della discrezionalità⁷²⁰ esiste una sorta di legame con quelli per così dire opposti che implicano una conservazione dell'esercizio di funzione legislativa, sebbene non esista una relazione speculare di tutte le linee giurisprudenziali riduttive della discrezionalità con alcuni modi della sua conservazione. Ma andiamo per ordine.

A) Quanto alla riduzione di discrezionalità legislativa registrata rispetto al dover essere di proporzionalità delle *sanzioni penali*, è interessante osservare come alcuni gruppi di casi afferenti alla stessa tipologia di giudizio siano invece, quasi in un singolare gioco di specchi, riconducibili a seconda del ricorrere di alcuni presupposti *anche* alla 'giurisprudenza in negativo', e dunque a linee giurisprudenziali in cui l'aspetto della conservazione della discrezionalità legislativa è preponderante; linee giurisprudenziali in cui abbiamo individuato *topoi* argomentativi funzionali dunque a far salva la parte di tessuto legislativo oggetto del sindacato.

Emblematico ad esempio il caso del massimo edittale, che non ha implicato interventi della Corte costituzionale se non nel noto caso della sentenza n. 236 del 2016, quando la sostitutiva aveva investito entrambi i limiti edittali⁷²¹. Qui però, a differenza di altre linee giurisprudenziali, rileva essenzialmente la configurabilità – ad avviso della Corte – di un difetto di rilevanza che conduce dritti all'inammissibilità: una questione di sindacato nel merito neppure si pone. Il che, lo segnaliamo *en passant*, dice pure qualcosa sul rapporto fra Corte costituzionale e autorità giudiziaria: la prima rimette alla seconda valutazioni con un potenziale

⁷²⁰ Si veda *supra* (III).

⁷²¹ In letteratura, lo abbiamo ricordato *supra* (III.3.1.) si è ipotizzato ciò fosse dovuto alla necessità di evitare una divaricazione eccessiva fra minimo e massimo edittale che avrebbe potuto incrinare il dover essere costituzionale posto dalla legalità penale attraverso l'ascrizione al giudice di un abnorme margine valutativo.

impatto sui diritti fondamentali che è non soltanto altissimo, ma oltretutto schermato dall'inammissibilità del sindacato su disposizioni che possono consentire la comminatoria di pene decisamente elevate. Qui, in assenza dell'istituto del ricorso diretto e in presenza di un giudice che ritenga di comminare pene che a Palazzo della Consulta potrebbero in ipotesi ritenersi manifestamente sproporzionate, la Corte è completamente tagliata fuori dalle dinamiche di tutela dei diritti fondamentali. Ora, la necessità di un completamento delle strutture normative a tutela dei diritti con il ricorso diretto alla Corte costituzionale va oltre le ambizioni di quest'analisi, ma il rilievo consente anche di decostruire – relativizzandolo in maniera significativa – proprio il ricorrente *topos* giustificativo della tutela dei diritti fondamentali.

Diverso è il discorso per altre linee giurisprudenziali conservative ma sempre legate alla ragionevolezza delle sanzioni, nelle quali la Corte entra nel merito. Pensiamo all'individuazione degli indici di adeguatezza «alle concrete manifestazioni del fatto punito» che possono arrivare a conservare la legittimità delle pene fisse⁷²², oppure di quelli di offensività funzionali a far sala quella delle pene proporzionali⁷²³ o, ancora, all'impiego dell'argomento del «complessivo trattamento sanzionatorio»⁷²⁴ o di quello delle «particolari esigenze di protezione» di valori costituzionali⁷²⁵. Come dicevamo, qui si tratta di un gioco a specchi con quanto evidenziato trattando dei sintomi di una riduzione della discrezionalità: tutti questi casi sono infatti accomunati dalla *capacità di adattamento della legge al caso concreto alla luce di determinati parametri costituzionali*. Se l'autorità giudiziaria è nelle condizioni di adeguare la sanzione al fatto commesso alla luce di determinati principi costituzionali, il frammento di tessuto legislativo che esprime la sanzione è salva e la Corte – esplicitamente o implicitamente – conferma l'esistenza di spazi di discrezionalità legislativa.

In parte differente è invece la curiosa questione della «pena naturale»⁷²⁶, che invece restituisce l'idea dell'inammissibilità di questioni sollevate con la prospettazione di manipolazioni indeterminate: qui il nesso con *topoi* argomentativi limitativi della discrezionalità è diverso dal precedente, perché – se si vuole – guardando invece alle questioni ritenute ammissibili cui sono seguite forti manipolazioni del tessuto legislativo la differenza verte proprio nel fatto che in quei casi si trattava di individuare precisi indici legislativi in sostituzione di determinate pene, mentre nel caso della pena naturale la manipolazione prospettata poggiava sull'indeterminatezza nell'individuazione degli indici legislativi oltre che su fragili basi argomentative.

B) Quanto alla discrezionalità legislativa nella *costruzione delle fattispecie*, sembrerebbe plausibile trarne che nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni non ci sono stati grandi assestamenti in senso riduttivo. Quando la Corte ha annullato norme riconducibili alla costruzione di fattispecie, si trattava infatti di casi del tutto particolari, in cui gli spazi interpretativi di disposizioni del codice

⁷²² IV.2.2.

⁷²³ IV.2.3.

⁷²⁴ IV.2.4.

⁷²⁵ IV.2.5.

⁷²⁶ IV.2.6.

Rocco finivano comunque per criminalizzare l'esercizio di diritti fondamentali⁷²⁷. Questa scissione fra la riduzione di discrezionalità nella configurazione delle sanzioni ma non nella costruzione delle fattispecie è coerente con il nuovo corso, in cui in effetti l'incidentalità pone la Corte costituzionale di fronte alla necessità di demandare larga parte della tutela dei diritti fondamentali ai giudici, potendosi – in questo quadro – arrogare più facilmente il sindacato sulle sanzioni quando per la loro sproporzione non consentano ai giudici stessi di assicurare un'interpretazione-applicazione del tessuto legislativo penale conforme alla Costituzione. A meno che delle disposizioni non esprimano una fattispecie incriminatrice di condotte riconducibili all'esercizio di libertà costituzionali o comunque in contrasto con principi costituzionali – si pensi, su tutti, all'eguaglianza – è veramente difficile immaginare interventi della Corte costituzionale su queste forme di legislazione, rispetto alle quali il legislatore gode di un'ampia discrezionalità anche nello strutturare la criminalizzazione per 'livelli' attraverso ritagli normativi⁷²⁸.

C) Sugli *automatismi*, che – almeno quelli analizzati – sono non a caso per lo più norme sanzionatorie, il ponte logico fra riduzione e conservazione della discrezionalità legislativa sta e cade con la necessità di adeguamento della norma di legge al fatto: senza ribadire cose già dette, rinviamo dunque a quanto detto in merito ad alcuni indirizzi in tema di proporzione sanzionatoria. Volendo chiosare, basta infatti ricordare che quando la Corte costituzionale ha riscontrato sufficiente «elasticità e capacità di adattamento»⁷²⁹, non sono stati riscontrati vizi di legittimità costituzionale.

D) Un discorso ancora diverso riguarda invece il limite costituzionale del '*diritto penale del fatto*'. Qui il – a quanto pare *non* stretto – divieto di «responsabilità penale d'autore» assurge a parametro costituzionale trovando un termine di 'compensazione' sul piano della conservazione del tessuto legislativo con l'attribuzione di rilevanza a condizioni soggettive per categorie di persone differenziate alla luce della «necessità di preservare altri interessi meritevoli di tutela»⁷³⁰. Qui il nesso fra limite alla discrezionalità e presupposto del suo esercizio sta e cade nella lettura del limite costituzionale come limite non espresso in termini di stretto divieto: altrimenti non si spiegherebbe perché l'attribuzione di rilevanza a determinate condizioni soggettive configura al più un vizio funzionale – che sussiste in caso di manifesta irragionevolezza del bilanciamento – e non un vizio di violazione diretta della Costituzione. Qui, al netto dei margini di opinabilità di un simile assetto interpretativo, il discorso intorno alla discrezionalità legislativa si lega a più specifiche dinamiche ermeneutiche nell'individuazione del parametro.

E) Differente nella sua specificità ma non nel delineare un certo assestamento della discrezionalità legislativa riguarda l'*istituto della prescrizione*: anche qui, come per il punto precedente, si tratta essenzialmente di ridefinizioni interpretative del parametro difficilmente generalizzabili.

F) Merita poi un'ulteriore, breve considerazione la giurisprudenza costituzionale sul *ne bis in idem*, su cui ci siamo già soffermati analizzando i sintomi di una

⁷²⁷ Si veda *supra* (III.9).

⁷²⁸ IV.3.

⁷²⁹ IV.4.

⁷³⁰ IV.5.

riduzione della discrezionalità legislativa. Riduzione che a nostro avviso si registra senz'altro, non foss'altro che in passato – stando alla giurisprudenza costituzionale antecedente alle pronunce che hanno poi accompagnato alla sentenza n. 149 del 2022 – non era dato registrare sussulti nella direzione di un sindacato con una sua effettiva pregnanza. E tuttavia, l'aver individuato un dover essere costituzionale appellato «diritto» al *ne bis in idem*⁷³¹ non in forma di norma-parametro che con modalità deontica di divieto sia suscettibile di sbarrare la strada a qualsiasi forma di doppia punizione, ma nella norma-parametro dalla logica proporzionalistica elaborata dalla Corte EDU in *A e B c. Novergia*, se anche pone alla discrezionalità legislativa un vincolo mai fatto valere in passato, le riserva al tempo stesso spazi di esercizio indubbiamente ampi. Come, lo dicevamo, in un curioso gioco di specchi fra individuazione del verso della riduzione del potere discrezionale ed esaltazione del verso della sua conservazione.

G) Infine, il fatto che la Corte costituzionale solleciti anche a margine di manipolazioni decisamente marcate un intervento del legislativo anche allontanandosi dalla soluzione specifica individuata – o, se si preferisce, dal rimedio individuato – dalla Corte⁷³², non fa che dirci che la presa d'atto di manipolazioni che non rispondono a una logica di rima obbligata⁷³³ non può che implicare uno spazio di discrezionalità legislativa. In altri termini, il fatto che la norma censurata dal giudice nel sollevare la questione di legittimità costituzionale e annullata dalla Corte a seguito del giudizio viola sì la Costituzione, ma le alternative legislative alla disciplina illegittima non rispondono a un'unica vera soluzione, per cui il giudizio e poi il giudicato costituzionale non possono chiudere la vicenda una volta per tutte precludendo un intervento al legislativo. In una parola e a costo di sfociare nell'ovvio: l'annullamento di una norma incostituzionale non implica la totale inibizione dell'esercizio di funzione legislativa sullo stesso oggetto di disciplina. Il che dimostra in fondo come l'individuazione di spazi di discrezionalità legislativa non derivi soltanto da dichiarazioni d'infondatezza o d'inammissibilità, ma anche da sentenze di accoglimento e, in definitiva, perfino da sentenze manipolative. Né più né meno che un gioco di specchi.

*

Delle linee giurisprudenziali analizzate si potrebbe certamente dire molto altro. Ai nostri fini basta però aver tentato di chiarire *la giustificazione costituzionale di queste evoluzioni giurisprudenziali*, ovverosia *gli elementi di legittimazione di una riduzione della discrezionalità legislativa in materia penale*, area dell'esperienza giuridica dove – senza dubbio, troppo – a lungo era stata considerata 'privilegiata'. Domanda che ha implicato, come si è visto, risposte che guardano verso orizzonti scientifici, giurisprudenziali e di contesto anche molto diversi, e forse il tentativo di rispondere risiede già nel *come* questa giurisprudenza finisce per articolarsi. C'è la rilettura di varie disposizioni costituzionali, che ridefinendo i parametri

⁷³¹ III.7.

⁷³² IV.7.

⁷³³ E del resto, abbiamo più volte sottolineato l'ingiustificabilità e l'inconsistenza teorica di questa costruzione giurisprudenziale. Si veda *supra* II.4 e III.2.

ridefinisce la discrezionalità legislativa che in consonanza con essi può svilupparsi, implicando una significativa evoluzione della dinamica ordinamentale negli ambiti interessati. Il che risponde in fondo a un moto storico mai esaurito che ha visto la sedimentazione di più interpretazioni costituzionali nel tempo, rispondenti a volte a prospettive di conservazione, a volte a prospettive progressiste; a volte finalizzate a legittimare inasprimenti repressivi, a volte a far valere i principi che garantiscono la persona dinanzi alla terribile imponenza del potere di punire, dei suoi apparati normativi processuali e sostanziali, delle ripercussioni sociali, economiche e finanche politiche del suo esercizio. La novità, se si vuole, è che negli ultimi anni queste riletture vanno nella direzione di un'implementazione del valore del rispetto della persona molto più che nella direzione di un'implementazione della sicurezza sociale, che invece tenderebbe a giustificare molto più facilmente strutture normative prodotte da politiche criminali ispirate da panpenalismo quando non di vero e proprio populismo penale.

C'è la novità, forse ancor più dirompente, dell'ampliamento delle possibilità d'intervento della Corte costituzionale, che abbandonando la costruzione delle rime obbligate dischiude scenari di garanzia che in passato potevano essere soltanto immaginati. Il che è non soltanto assai apprezzabile dal punto di vista dell'onestà intellettuale preliminare a interventi manipolativi dei quali si sottolinea la loro non unicità come soluzioni a problemi di legittimità costituzionale, ma anche dal punto di vista strettamente argomentativo, perché impone alla Corte uno sforzo non irrilevante nella giustificazione della scelta di indici ricostruttivi in luogo di altri, e perché così facendo cadono pure le accuse di 'creatività' per non aver risposto – in ipotesi – al canone delle rime obbligate.

C'è la più generale necessità di assicurare un adeguamento della legge al caso concreto evitando pure – attraverso gli automatismi – che il legislativo vincoli quasi del tutto rispetto ad alcuni ambiti le possibilità di esercizio del potere giudiziario; forme di dover essere che la Corte può far valere anche alla luce delle potenzialità dischiuse dall'incidentalità.

C'è la progressiva apertura al diritto internazionale e al diritto dell'Unione europea, di cui le parabole giurisprudenziali del progressivo avvicinamento degli statuti garantistici delle sanzioni amministrative a quelle penali e del *ne bis in idem* sono paradigmatiche. Nel caso degli statuti garantistici delle sanzioni, l'aspetto più significativo – al di là delle stesse aperture della Corte costituzionale alla giurisprudenza della Corte EDU – è forse lo spostamento graduale del parametro dei giudizi, che dall'art. 117, primo comma, Cost. si è progressivamente assestato su norme del diritto costituzionale penale italiano in senso stretto, come quelle espresse dall'art. 25, secondo comma. Un cambiamento forse piccolo, se si vuole, ma dal grande significato, perché marca una trasformazione dell'interpretazione costituzionale alla luce di altri sommovimenti ordinamentali.

C'è la volontà di superare l'isolamento del passato, attenuando l'onere d'interpretazione conforme e così facendo tornare a sindacare questioni che un tempo o non avrebbero varcato le porte di Palazzo della Consulta o sarebbero state giudicate inammissibili. Discorso che, analizzato nella prospettiva della materia penale ha grande significato perché abbassa il grado di potenziale 'polverizzazione' interpretativa su disposizioni penali, favorendo attraverso il sindacato accentrato

specifiche istanze di certezza del diritto.

C'è, di riflesso, un legislativo che non reagendo ai sussulti ordinamentali determinati dalla Corte costituzionale non fa che legittimare molto dell'agire dell'organo. Il che se da un lato è un bene perché la legittimazione è il bene più prezioso che un organo di garanzia possa detenere, dall'altro è un male perché non fa che ulteriormente certificare una strutturale crisi della nomopoiesi sul fronte legislativo e, più precisamente, su quello parlamentare, visto che la produzione normativa governativa gode di buona salute. Cercando di vedere il bicchiere mezzo pieno si dirà che i grandi interventi sulla legislazione penale sono solitamente avvenuti attraverso decreti delegati. Rimane però il fatto che il parallelo ricorso a decreti-legge – decisamente preponderante – accompagnato a pulsioni panpenalistiche con marcati accenti di populismo, è decisamente problematico, ma – si badi – non perché la riserva di legge penale consista in una riserva di organo. Queste tendenze, accompagnate come dicevamo da connotati panpunitivo-populistici, sono invece problematiche perché la produzione di norme penali compulsiva e spesso 'ammiccante' nei confronti di parte dell'opinione pubblica al costo di scontare difetti tecnici incide in maniera gravissima sui diritti fondamentali: oltre che per le compressioni che determina in sé e per sé, anche – ancora una volta – dal punto di vista delle istanze di certezza del diritto, che si riflettono sulle «libere scelte d'azione» della persona e che, in questo senso, sono anche e soprattutto istanze di certezza dei diritti.

V.

«IL TALLONE D'ACHILLE DELLA CORTE COSTITUZIONALE». LEGGE E LIBERTÀ NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE IN MATERIA PENALE.

Sommario: 1. «Una nuova sensibilità» e le sue conseguenze. – 2. «Il tallone d'Achille della Corte costituzionale». – 3. La tutela effettiva dei diritti fondamentali in materia penale tra giudici e legislatori. – 3.1. Cenni su alcune linee evolutive della tutela dei diritti fondamentali nelle trasformazioni costituzionali. – 3.2. Sindacato di legittimità costituzionale in materia penale e tutela dei diritti. – 3.3. Sindacato di legittimità costituzionale in materia penale e separazione dei poteri. – 3.4. Alcune precisazioni su riserva di legge e sindacato di legittimità costituzionale. – 4. Sulla legittimazione della Corte costituzionale. – 5. Flussi e riflussi del diritto costituzionale penale.

1. «Una nuova sensibilità» e le sue conseguenze.

Il complessivo mutamento giurisprudenziale in materia penale¹ è stato giustificato dalla Corte costituzionale con il maturare di «una nuova sensibilità» alla luce della quale «è sembrato sempre più inaccettabile che proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni»². Il fine della tutela effettiva dei diritti fondamentali ha dunque rappresentato il punto di partenza, la spinta teleologica che ha portato la Corte a ripensare indirizzi giurisprudenziali consolidati, elaborando nuove interpretazioni e nuove categorie processuali, accantonandone altre. Assestamenti che hanno riguardato dunque non soltanto la materia penale, ma più in generale le forme di esercizio della giustizia costituzionale di fronte a necessità di tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Il declamato superamento delle rime obbligate – con le specifiche forme che il passaggio alle rime possibili si porta dietro – è, ad esempio, uno dei tratti che connotano la giurisprudenza dell'ultimo decennio in termini sicuramente trasversali. Con questo, pure le più volte richiamate innovazioni sul piano più strettamente processuale.

Quanto alla materia penale, le conseguenze dell'aver dato seguito a «una nuova sensibilità» hanno riguardato dorsali tematiche eterogenee, spaziando dalla necessità costituzionale di assicurare un'accettabile capacità di adeguamento della legge al caso concreto all'elaborazione di nuovi parametri di giudizio,

¹ Anche se forse sarebbe meglio parlare al plurale di 'mutamenti', visto che le linee giurisprudenziali analizzate sono fra di loro abbastanza eterogenee, seppur legate da tratti comuni, quantomeno sul piano del – in parte ridefinito – dover essere costituzionale con cui la discrezionalità legislativa deve misurarsi.

² M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, 28 aprile 2020, 8, consultabile in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf.

dall'introduzione sempre più matura della CEDU all'estensione del divieto di retroattività anche a norme dell'esecuzione penale, dai distinguo posti in essere nel dialogo con la Corte di giustizia dell'Unione europea alla progressiva espansione normativa del finalismo rieducativo.

Chiaramente, l'aver abbracciato una prospettiva dichiaratamente 'interventista' – e dichiaratamente orientata della tutela dei diritti fondamentali al punto da giustificare interventi anche molto pervasivi nel tessuto legislativo ordinario – non poteva rimanere senza conseguenze. E del resto, si è dato conto delle critiche appuntate in letteratura su questo nuovo corso giurisprudenziale, non essendo mancato chi ha letto in certe sue linee di tendenza una forma di «suprematismo giudiziario»³.

Paradossalmente, forse il nodo più problematico è rappresentato non tanto da forme illegittime di esercizio della funzione legislativa – rispetto alle quali le critiche mosse alla Corte potranno al più vertere sui rimedi approntati nelle singole vicende giurisprudenziali dalla stessa – quanto dall'ipotesi di inerzia legislativa. Aree del tessuto legislativo cristallizzate a epoche illiberali o comunque remote, riforme mancate, omessi adeguamenti della legislazione al mutare dei tempi portano con sé ineludibili questioni di rispondenza della legge al dover essere costituzionale di cui la Corte non può non farsi carico, a pena di rifuggire la sua stessa, primaria funzione. E tuttavia, il punto è che non solo si tratta di questioni ineludibili, ma anche e soprattutto aperte a una pluralità di opzioni normative: in una parola, entrare nel merito significa in questi casi entrare nel campo dell'opinabile – talvolta del massimamente opinabile⁴ – con tutto ciò che la cosa può significare per un organo di garanzia. Intervenire significa infatti in questi casi assumersi la responsabilità dell'individuazione di soluzioni non necessariamente univoche – come peraltro dichiara la stessa Corte nel passaggio al canone delle rime possibili – il che, per quanto possa giustificarsi alla luce non solo del 'fine nobile' della tutela dei diritti fondamentale ma più in generale della funzione stessa dell'organo, implica scelte di merito in luogo di altre comunque plausibili. Operazione valutativa che evidentemente non potrà che prestare il fianco a critiche più pungenti che in passato, quando fra costruzione giurisprudenziale delle rime obbligate – come dicevamo, essenzialmente funzionale a non pronunciarsi – e lettura della riserva di legge penale la stessa esposizione della Corte sul piano del merito era, in materia, molto più limitata.

Una maggiore esposizione sul piano del merito, pur accompagnata dal massimo rigore nei percorsi argomentativi a sostegno delle decisioni, sarà sempre una potenziale fonte di critiche. Preso però atto dell'ineludibilità dell'intervento della Corte di fronte all'ineludibilità di gravi questioni di legalità costituzionale⁵, una

³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021, 170 ss.

⁴ Pensiamo, rimanendo alla sola materia penale, alla cornice editale prevista per determinate fattispecie: non esiste una formula matematica per decidere la durata di una pena detentiva. Ma spostandoci al di là delle sanzioni, basti pensare alle innumerevoli variabili di cui potrebbe tener conto il legislatore nell'approntare discipline su temi altamente complessi sotto ogni aspetto, quali ad esempio il fine-vita.

⁵ Il prezzo da pagare per un mancato intervento della Corte sarebbe del resto una non necessariamente meno grave scissione fra essere e dover essere. Peraltro, a ciò potrebbe aggiungersi

certa qual drammatizzazione nell'approccio al tema dovrebbe risultare almeno parzialmente stemperata.

Sul problema e su quali presupposti il nuovo corso possa sostenersi torneremo più ampiamente oltre. Giunti a questo punto dell'analisi, è però logicamente prioro verificare se il fine che ha portato la Corte costituzionale a mutamenti giurisprudenziali così significativi – appunto la tutela dei diritti fondamentali – sia stato effettivamente implementato. Del resto, è solo alla luce della presa atto di un innalzamento dei livelli di tutela o di una loro invarianza rispetto al passato che di queste linee giurisprudenziali ci sembra possibile, a rigore, trarne un primo e necessariamente parziale bilancio. Si tratta in fondo di verificare se davvero, nella giurisprudenza degli ultimi anni, la Corte costituzionale sia riuscita ad assurgere – almeno in parte – a giudice dei diritti pur nascendo giudice delle leggi.

2. «Il tallone d'Achille della Corte costituzionale».

Una verifica dell'implementazione del livello di tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte costituzionale attraverso la sua giurisprudenza più recente implica necessariamente una comparazione fra l'azione dell'organo degli ultimi anni e gli assetti giurisprudenziali precedenti. Una comparazione che ci sembra dimostri ampiamente come un innalzamento della tutela ci sia effettivamente stato, quantomeno in relazione a determinate forme di esercizio del potere legislativo.

È sicuramente così per quanto concerne il discorso intorno alle sanzioni – anche in relazione a quelle non formalmente ma sostanzialmente penali – su cui ci siamo ampiamente soffermati. E così è pure in relazione a fattispecie risalenti agli anni del fascismo o anche recenti con cui il legislatore ha sanzionato condotte rispetto alle quali la Costituzione vieta il ricorso al diritto penale, che sono esattamente quelle che coincidono con l'esercizio di diritti fondamentali. Un discorso analogo potrebbe poi esser fatto in relazione a determinati istituti del diritto penitenziario, oggetto di sentenze di accoglimento della Corte sempre nella prospettiva della tutela dei diritti quando non più specificamente su questioni di finalismo rieducativo – anch'esse però, in ultima analisi, riconducibili in qualche modo al discorso sui diritti. Sono tutti casi in cui la Corte ha cercato di assicurare all'autorità giudiziaria un margine valutativo sufficientemente ampio da consentire di far conservare alla norma espressa dalla disposizione legislativa una sua ragionevolezza o comunque a evitare che questa violasse direttamente la Costituzione.

In ogni caso, a questa sicura implementazione del livello di tutela dei diritti fondamentali, che però – si badi – implica essenzialmente un delegare al giudice comune il passo successivo – e soprattutto decisivo – del momento applicativo. Del resto, l'annullamento e la sostituzione di una sanzione che sia ad esempio strutturata come cornice edittale, implicano poi una scelta della pena da comminare in concreto comunque rimessa al giudice penale. O ancora, la concessione di determinati benefici penitenziari che in precedenza era impedita dall'ostatività è comunque

che in fondo è quasi sorprendente che, essendo spesso al centro delle critiche proprio *l'ampia latitudine valutativa della Corte costituzionale nel decidere le questioni*, si possa pensare di mantenere queste ultime in piedi sostenendo al contempo la necessità – o comunque l'opportunità – di una *latitudine valutativa non meno ampia nel decidere di non decidere*.

rimessa al giudice. Rispetto all'applicazione di norme che vadano a implementare sul piano effettivo la garanzia dei diritti fondamentali, la Corte rimane, in un certo qual modo, un passo indietro. E questa sorta di metamorfosi necessariamente incompiuta da giudice delle leggi a giudice dei diritti si lega proprio al suo nascere giudice delle leggi: in fondo è proprio questo, il «tallone d'Achille» della Corte costituzionale⁶.

È un elemento di difficoltà che si colloca sul piano delle strutture normative che reggono l'agire della Corte riflettendosi poi su quello delle dinamiche del suo contesto d'azione. In ogni caso, il primo elemento davvero significativo viene proprio dal testo costituzionale.

«La Corte costituzionale», recita l'art. 134 Cost., «giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni...». Già in quest'ancoraggio della Corte al giudizio sulla «legittimità» di leggi e atti aventi forza di legge troviamo il tratto caratterizzante dell'organo, che è anche – come dicevamo – il primo, fondamentale limite della sua azione come giudice dei diritti. Lo scarto fra funzione orientata alla tutela dei diritti e struttura normativa come giudice delle leggi si coglie guardando ad esempio ai due fondamentali profili dell'accesso al giudizio e dell'oggetto dello stesso.

Quanto al primo, il giudizio costituzionale rimane un giudizio il cui accesso è consentito solo a determinate condizioni, che risulteranno magari meno rigide alla luce di determinate interpretazioni delle relative disposizioni⁷; e tuttavia, i vincoli di funzionamento nel loro complesso non potranno mai essere del tutto incrinati, non oltre quanto consentito dalla logica del probabile. Vero è che talvolta la rilevanza della questione è stata «addolcita» per aprire un varco nella sindacabilità delle norme penali di favore⁸, e in certi casi peculiari elementi relativi ai valori in gioco hanno indotto la Corte a pronunciarsi nel merito anche in situazioni-limite⁹. Certo è che il giudice comune rimane l'«*introdotto necessario*» del giudizio di fronte alla Corte¹⁰, e per quanto questa posta rimodulare i requisiti d'accesso nei limiti consentiti dall'interpretazione, il dato rimane.

D'altro canto, il fatto di essere stata concepita non giudice dei diritti ma delle leggi – la cui naturale collocazione è «l'empireo dell'astrattezza»¹¹ – è un elemento assai

⁶ C. PINELLI, *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2016, 18.

⁷ Significative indicazioni, in tal senso, ad esempio in D. MARTIRE, «Rilevanza» e «non manifesta infondatezza»: due categorie cabalistiche?, in *Giur. cost.*, 2021, 2797 ss.

⁸ R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 531.

⁹ È ad esempio il caso di quanto avvenuto in occasione della nota sentenza n. 1 del 2014, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della legge elettorale del 2005. Nel caso di specie, la Corte ha giudicato la questione ammissibile alla luce della duplice argomentazione per cui i) il *petitum* risultava più ampio della specifica questione di legittimità costituzionale e ii) il diritto di voto sotteso alla stessa presentava specificità in grado di legittimare un giudizio nel merito della Corte. In letteratura si è puntualmente osservato che, fra i due, sarebbe stato il secondo argomento a configurare «l'aspetto più innovativo rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale, in quanto ispirata al più generale principio di legittimità costituzionale» (R. ROMBOLI, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 530).

¹⁰ P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 38

¹¹ Così ancora P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, I,

più condizionante l'azione della Corte di quanto non possa a prima vista apparire. Allo stato attuale delle cose, la tutela dei diritti fondamentali può infatti essere operata da parte della Corte soltanto attraverso il giudizio sulla legge, che si colloca per definizione su un piano astratto e generale, e la dimensione propria dei diritti fondamentali non è quella della generalità e dell'astrattezza, ma quella dell'effettività, che trova invece il proprio punto di caduta nel caso concreto¹². Al netto dell'incidenza del caso alla base del giudizio *a quo* sui percorsi decisionali della Corte, rimane il fatto che il dover giudicare sulla legittimità di leggi e atti aventi forza di legge finisce per allontanare drasticamente la Corte da questa dimensione concreta, nella quale si muove invece l'autorità giudiziaria. E si tratta di uno scarto che da un lato si traduce in *un giudizio costituzionale che è sempre eventuale* – si pensi anzitutto a una valutazione di manifesta infondatezza da parte del giudice *a quo* – *al netto dell'interesse individuale della persona a veder tutelati i propri diritti*, e dall'altro in *un giudizio che è sempre giudizio sull'atto*, in cui certamente il caso può illuminare la vicenda, ma in un quadro in cui le sentenze della Corte hanno ripercussioni ordinamentali incommensurabilmente più vaste del caso che ha innescato la questione¹³, ripercussioni delle quali la Corte deve necessariamente aver coscienza¹⁴.

E tuttavia, questo elemento dello scarto fra astratto e concreto non va enfatizzato eccessivamente. Sempre su questo crinale si colloca infatti l'ulteriore dato per cui ogni discorso sulla tutela dei diritti fondamentali deve tener conto della natura intrinsecamente relazionale degli stessi¹⁵. E i diritti, «prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive», sono valori, e «nella logica dei valori – che non è la logica del tutto o niente, del sì o del no – essi tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e alla composizione, secondo le regole della fondazione, dell'opposizione e della complementarità»¹⁶. Una dinamica che si dispiega esattamente su un piano concreto, anche questo non coincidente con la dimensione

1956, 10.

¹² È stato osservato che nel caso di compressioni dirette del diritto fondamentale la Corte «può trovare senz'altro nel suo arsenale strumenti sufficienti e adeguati al compito», anche perché il suo giudizio verte sulla valutazione se il bilanciamento sia «accettabile», non «ottimale». Nel caso di compressione diretta, la legge fissa dunque in via generale e astratta i limiti a tale libertà, e la Corte costituzionale viene nello specifico chiamata a vagliare se la *ratio legis* giustifichi da sé la restrizione del diritto fondamentale. Per converso, nel caso in cui la compressione sia indiretta – dove, per intenderci, la limitazione di una libertà non è legittimata dalla stessa norma costituzionale – «il sindacato della Corte costituzionale rivela i suoi limiti strutturali, tutti legati agli elementi di “astrattezza” che ne segnano la fisionomia» (R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 120 ss., spec. 122 s.).

¹³ «L'interesse individuale è la miccia», si potrebbe dire con Piero Calamandrei, «ma il giudizio di legittimità, una volta acceso, brucia per conto suo: come nella favola dell'apprenti sorcier» (P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, cit., 22).

¹⁴ Una dimostrazione plastica di questa consapevolezza è presente ad esempio nella più volte citata sentenza sul caso Cappato-Antoniani (decisione n. 242 del 2019) in cui, abbracciando una prospettiva consequenzialista, la Corte ha evitato l'annullamento *tout court* della norma incriminatrice dell'aiuto al suicidio, cercando di approntare una soluzione in grado di tutelare, per i casi futuri, le persone più vulnerabili.

¹⁵ Aspetto diffusamente sottolineato in letteratura. Si veda, ad esempio, M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1, 2015, 44.

¹⁶ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 3 s.

astratta della legge, ma – ed è questo il punto – neppure totalmente estraneo al giudizio di legittimità costituzionale, che da profili di concretezza anche spiccati è attraversato senz'altro¹⁷.

In definitiva, lo scarto fra astratto e concreto dovuto all'essere giudice delle leggi non è un elemento decisivo nel senso dell'esclusione radicale di una possibilità d'incidenza della Corte sulla tutela dei diritti fondamentali, ma un certo peso nel limitarne i margini d'azione lo ha senz'altro. Anche perché delle conseguenze si dispiegano pure su elementi, per così dire, più di contesto.

Le dinamiche di funzionamento del *judge-made system* europeo in cui la Corte è collocata, se pure vanno lette alla luce della percezione che ognuno dei suoi interpreti ha di sé, sembra infatti trovare un centro di gravità funzionale proprio intorno alla tutela dei diritti. Il punto è che però in un sistema del genere la struttura normativa in base alla quale l'azione dei vari giudici si svolge tende a isolare proprio la Corte costituzionale.

Ad esempio, attraverso il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* si crea un circuito diretto fra giudici comuni e Corte di giustizia dell'Unione europea che taglia potenzialmente fuori proprio la Corte costituzionale. La quale ha non a caso parzialmente rivisto, in anni recenti, il proprio approccio alle questioni relative alla doppia pregiudizialità costituzionale ed europea.

E proprio rimanendo al *judge-made system* europeo, si può agevolmente cogliere il peso specifico dei già citati limiti nell'assurgere più compiutamente a giudice dei diritti proprio guardando all'azione di altre corti.

Si pensi anzitutto ad altre esperienze di giustizia costituzionale, e in particolare a un giudice come il Tribunal constitucional spagnolo, il quale grazie al *recurso de amparo* può a pieno titolo arrogarsi la qualifica di giudice dei diritti. Un istituto, nelle sue varie modalità operative, esattamente concepito nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali¹⁸.

Si pensi poi allo scarto, fin troppo evidente, con la Corte EDU – giudice dei diritti per definizione – la quale, almeno dal 1995, «must bear in mind the special character of the Convention as an instrument of European public order (ordre public) for the protection of individual human beings and its mission, as set out in Article 19 (art. 19), “to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties”»¹⁹. Corte europea che peraltro, nel discorso intorno alla sua ipotizzata natura costituzionale, nell'alternativa fra natura casistica e natura sistematica della tutela viene spesso inquadrata – al fine di escluderne una natura costituzionale – proprio come giudice dalla tutela casistica, il che è non a caso

¹⁷ Scrive sempre Franco Modugno: «una logica flessibile, in tanto è concepibile, in quanto non sia generale, in quanto non conduca a risultati certi e definitivi validi in ogni circostanza, non si irrigidisca in conclusive esclusioni o inclusioni, ossia in quanto rinnovi continuamente le valutazioni in occasione di ogni concreta esperienza. La concretezza o l'incidentalità del giudizio costituzionale in fondo vuol dire proprio questo. Nella logica dei valori, se i momenti della fondazione e dell'opposizione possono ancora appartenere alla sfera della considerazione astratta, il momento decisivo della complementarietà, ossia del bilanciamento e della ponderazione, non può non appartenere alla sfera della risoluzione concreta» (F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., 100).

¹⁸ Si veda M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 1 ss. per analoghe considerazioni sull'*amparo* messicano.

¹⁹ Corte EDU, *Loizidou c. Turchia*, 23 marzo 1995, § 93, enfasi nostra.

avvenuto anche da parte della Corte costituzionale italiana²⁰. In effetti, il fatto che la tutela sia casistica o sistematica non incide di per sé sulla possibilità di ergersi a giudice dei diritti, quanto alle modalità con le quali svolgere un simile magistero, e il fatto che la Corte costituzionale rivendichi di essere il giudice della «valutazione sistemica» potrebbe essere visto come il tentativo di legittimarsi come giudice dei diritti in maniera diversa rispetto a quella in cui può esserlo la Corte europea. Senonché, ciò non corrisponde del tutto allo stato delle cose, visto che nella giurisprudenza europea «non si contano più i casi di bilanciamento fra diritti riconosciuti dalla Convenzione, in parte per la conformazione di certi limiti ai diritti stessi previsti dal testo – si pensi solo alla “società democratica”, apposto al diritto alla *privacy*, alle libertà di pensiero, di espressione, e di riunione e associazione, rispettivamente, dagli artt. 8, 9, 10 ed 11 CEDU –, in parte per il ricorso a canoni interpretativi caratterizzati da una crescente dose di creatività»²¹.

Ora, la Corte europea, a differenza della Corte costituzionale, non è legata al vincolo – il «tallone d’Achille», appunto – della legge: la legalità convenzionale e le relative garanzie fanno riferimento al diritto legislativo come al diritto giurisprudenziale. E lo scarto con la Corte costituzionale non potrebbe a maggior ragione essere più evidente proprio in materia penale²².

Ma gli esempi non si fermano alle esperienze in cui è previsto un ricorso individuale diretto al giudice costituzionale o al caso della Corte di Strasburgo. Si pensi alla stessa Corte di cassazione. Apparentemente, infatti, tanto la Corte costituzionale quanto la Corte di cassazione sono giudici vincolati alla legge. E tuttavia, *sul piano strutturale* il loro giudizio è profondamente differente, proprio perché profondamente differente è l’inquadramento dei due organi *sul piano funzionale*.

A ridosso dell’inizio delle attività della Corte costituzionale, in un noto saggio dedicato alle possibili declinazioni dei suoi rapporti con l’autorità giudiziaria, Piero Calamandrei aveva evidenziato che «non sarebbe esatto dire che tanto alla Corte di cassazione quanto alla Corte costituzionale la legge si presenta come *thema decidendum* in astratto, colla sola differenza che la Corte costituzionale la giudica per annullarla, mentre la Corte di cassazione la giudica per interpretarla»²³, perché completamente differente è nelle due ipotesi il rapporto tra fatto e diritto. Infatti, «mentre la Corte costituzionale giudica la legge per annullarla *erga omnes*, la Corte di cassazione giudica la legge per interpretarla *inter partes*: il che significa che la sua interpretazione, anche se è enunciata in forma di massima, deve per forza essere sempre aderente al caso concreto, mentre la Corte costituzionale deve ignorare il caso concreto, dal quale ormai la legge, quando è sottoposta al sindacato

²⁰ Sentenza n. 264 del 2012 in materia pensionistica, punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

²¹ C. PINELLI, «Valutazione sistematica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. cost.*, 2012, 4231.

²² La nozione di «diritto» («law») di cui all’art. 7 CEDU («Nulla poena sine lege») è infatti soddisfatta tanto in un caso («statute law») quanto nell’altro («case-law»). Si veda ad esempio Corte EDU, *Cantoni c. Francia*, 11 novembre 1996, § 29: «When speaking of “law” Article 7 (art. 7) alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statutory law as well as case-law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability».

²³ P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, cit., 21 s.

costituzionale, deve considerarsi avulsa»²⁴. E differente è la stessa relazione che intercorre, nei due giudizi, fra la legge e il caso concreto: «La Corte di cassazione è chiamata a risolvere il problema della relazione che passa tra la legge e il caso concreto; la Corte costituzionale è chiamata a risolvere il problema della relazione che passa tra la legge e la Costituzione, e il caso concreto serve soltanto a procurarle la *occasione iniziale* che le permette di venire a contatto con questo problema»²⁵.

È evidente che tali riflessioni, necessariamente prive, alla luce del momento in cui furono concepite, di uno sguardo retrospettivo, presentano un margine di approssimazione che richiederebbe delle evidenti precisazioni, stante l'indubbia incidenza che il fatto ha nei confronti del giudizio costituzionale – si pensi a certi dispositivi di pronunce additive, specifici al punto tale da risultare una sorta di specchio del caso su cui la questione di legittimità si è innestata. E tuttavia, queste riflessioni restituiscono, almeno in via tendenziale, la differenza intercorrente fra i due organi quanto a possibilità di assurgere a giudice dei diritti: il discrimine fra le due posizioni risiede in fondo proprio nel rapporto di queste corti con la legge.

Dunque, non può certo parlarsi di una Corte costituzionale come giudice dei diritti nello stesso senso in cui se ne potrà parlare in riferimento ai giudici ordinari e amministrativi²⁶, o in relazione a giudici costituzionali dinanzi ai quali esistono specifiche forme di ricorso individuale, o ancora rispetto alla Corte EDU.

Tutto questo però non significa neppure che l'azione della Corte costituzionale sia completamente estranea al discorso intorno alla garanzia dei diritti fondamentali, e l'innalzamento della tutela dovuto ad alcuni suoi interventi dovrebbe dimostrarlo ampiamente. Tant'è che, in fondo, lo stesso giudizio in via incidentale è innervato da un'aspirazione e di riflesso da una funzione garantista; una funzione «che la Corte esercita in collaborazione con i giudici comuni ed in base a regole procedurali che fanno del giudizio innanzi alla Corte un segmento del giudizio in corso dinanzi al giudice comune», e che è connotata «dall'esigenza di tutelare gli interessi di un soggetto o di un gruppo sociale determinato», dalla necessità «di garantire il rispetto delle situazioni giuridiche soggettive individuali o collettive costituzionalmente protette»²⁷. Inoltre, al netto delle difficoltà di cui si è detto, un dato ci sembra del resto innegabile: la capacità rimediale degli interventi sul tessuto legislativo di cui, nel diritto italiano, solo la Corte costituzionale è titolare²⁸ restituisce, se non l'immagine di una Corte giudice dei diritti, almeno l'immagine di una Corte in grado di incidere sulla loro tutela effettiva.

In ogni caso, proprio quest'inscindibilità della funzione garantista del giudizio sulla legittimità delle leggi da una «collaborazione» con la magistratura, oltre al suo svolgersi sul tessuto legislativo ordinario, ci dicono che il discorso sui diritti

²⁴ Ivi, 22.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Il quadro tracciato dagli artt. 24, primo comma, 113, primo comma e 134 Cost. sembra del resto deporre in senso decisivo verso l'individuazione dei giudici ordinari e amministrativi come giudici dei diritti nell'accezione più classica di giudici di fronte ai quali si agisce per la tutela dei propri diritti.

²⁷ A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, Bologna-Roma, 1981, 88 s.

²⁸ Dimensione rimediale di cui la giurisprudenza costituzionale in materia penale passata in rassegna offre un esempio emblematico.

fondamentali non può esser del tutto separato da quello sui rapporti fra poteri.

3. La tutela dei diritti fondamentali in materia penale tra giudici e legislatori.

L'ideale opposizione fra la garanzia dei diritti e la garanzia della legalità – o se si preferisce del diritto in senso oggettivo – non soltanto ha attraversato i vari ambiti dell'esperienza – e della letteratura – giuridica, ma ha finito per riflettersi sull'impostazione della questione della giustizia costituzionale anche in Assemblea costituente²⁹. E del resto, l'aver tratteggiato in un certo modo l'organo legittimato a sindacare la costituzionalità delle leggi ha fortemente risentito dell'*humus* politico e culturale del tempo. Per certi versi, l'opposizione fra tutela dei diritti e tutela della legalità parrebbe in parte riflettersi nel dibattito attuale sulla *legittimità* – e più a monte sulla *legittimazione* – dell'azione della Corte costituzionale, cui è stata talvolta imputata una tendenza a 'debordare' nel campo d'azione riservato al legislativo³⁰: il principale argomento solitamente addotto in senso critico risiede infatti nel richiamo al dover essere costituzionale rappresentato dalla separazione dei poteri. Tant'è che non sono mancate neppure di recente analisi che hanno posto questioni fra le più discusse, come ad esempio quella delle 'rime obbligate' – e del loro superamento – proprio sul crinale dell'«ordine costituzionale dei poteri assai più che al funzionamento del processo costituzionale» più che su quello strettamente processuale³¹.

Si pone quindi la questione di come il dover essere rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali s'incastri a quello della separazione dei poteri e, più in particolare, di quale sia il ruolo che la Corte costituzionale può o deve ricoprire negli equilibri dati. Questione che necessita di una contestualizzazione.

3.1. Cenni su alcune linee evolutive della tutela dei diritti fondamentali nelle trasformazioni costituzionali.

Secondo una nota ricostruzione, il «modello costituzionale» di tutela dei diritti emergente dal testo costituzionale vedrebbe come «giudice dei diritti» il giudice ordinario assieme a quello amministrativo, ai quali verrebbe richiesta «l'applicazione corretta della legge, perché è la legge ordinaria lo strumento con cui i diritti sono riconosciuti e sono definite le condizioni per la loro rivendicazione»³². In questo quadro, si sostiene, sarebbe dunque chiaro che mentre

²⁹ «C'è da dire», ha scritto Carlo Mezzanotte, «che la contrapposizione tutela del singolo-tutela obbiettiva dell'ordinamento non era una creazione dei costituenti... l'alternativa rappresenta ancor oggi il punto dolente della scienza giuridica in tutte le sue ramificazioni, legata com'è, alla grande antinomia dell'era moderna (pubblico-privato)» (C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979, 73, nota 3, enfasi nostra).

³⁰ In realtà queste accuse vanno anche al di là di indirizzi giurisprudenziali, appuntandosi talvolta anche su pronunce ben determinate. Anzi, in quest'ottica sembrerebbe essersi accumulata una copiosa letteratura più in relazione a singole vicende – alcune delle quali sono state oggetto della nostra analisi (si veda *supra*, ad esempio, III.3 e III.9) – che rispetto a linee di tendenza più generali.

³¹ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 195. Ma la letteratura sul punto è notoriamente più vasta.

³² R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Riv. AIC*, 4,

all'autorità giudiziaria spetta il compito di dare tutela ai diritti, «la Corte costituzionale interviene per aiutare il giudice ad applicare la legge ordinaria senza disapplicare la Costituzione», intervenendo tuttavia «se e soltanto se sia dimostrato che non è possibile elaborare, sulla base delle disposizioni vigenti e attraverso il ricco strumentario dell'interpretazione, una norma che garantisca al diritto rivendicato dall'individuo una tutela sufficiente rispetto alle garanzie costituzionali»³³. Rispetto a questo modello sarebbero emersi nel tempo almeno quattro deviazioni.

La prima sarebbe individuabile nella *crisi della legge*, o meglio nell'incapacità della legislazione nel dar risposta alle istanze sociali, particolarmente problematica perché è «dalla legge che prende spunto tutto il resto, dal compito dei giudici di assicurare agli individui la tutela dei diritti (come disciplinati dal legislatore), alla possibilità di promuovere il ricorso alla Corte costituzionale nei casi in cui la tutela legislativa risultasse insufficiente rispetto alle garanzie costituzionali»³⁴. In questo quadro, mentre le sollecitazioni alla giurisdizione sono volte «a spingere verso l'allargamento della tutela individuale», la legislazione «segna invece il limite, il punto in cui la tutela cede alla garanzia di altri interessi», con il giudice costituzionale chiamato eventualmente a sindacare la ragionevolezza dei bilanciamenti tracciati dal legislatore: la crisi del legislativo farebbe dunque sì che la «domanda sociale» passi dal giudiziario³⁵.

Una seconda deviazione dal «modello» è stata invece individuata nell'istituto del *rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* e nella *non applicazione* della norma nazionale in caso di contrasto con una norma del diritto dell'Unione europea dotata di efficacia diretta, che finirebbe per consentire ai giudici comuni di «liberarsi dal vincolo della legge». Il che avrebbe come conseguenza l'incrinatura del sindacato di legittimità costituzionale accentrato e della soggezione dei giudici alla legge, sottraendo alla Costituzione il carattere di «fonte prioritaria di riconoscimento dei diritti» e portando a un 'attenuamento' della riserva di legge³⁶.

Una terza deviazione riguarderebbe invece il *ruolo della Corte EDU* che, «nata con gli occhi al rivolti al passato», avrebbe ridefinito il proprio ruolo facendosi interprete delle trasformazioni politiche e sociali nel quadro di «un'aspirazione del tutto fuori luogo rispetto ai tratti originari della CEDU»; una trasformazione accompagnata dalla tendenza non rara di giudici italiani ad ascrivere alla convenzione un'efficacia diretta³⁷.

Una quarta deviazione dal modello è stata infine individuata nella lettura data dalla Corte costituzionale al concetto di '*rilevanza*', adducendosi ad esempio la sentenza n. 35 del 2017 su una legge elettorale che doveva ancora entrare in vigore, il che sarebbe passibile di trasformare il giudizio costituzionale in via incidentale «in un equivalente del ricorso diretto di costituzionalità»³⁸.

2018, 634.

³³ Ivi, 635.

³⁴ Ivi, 636.

³⁵ Ivi, 637 s.

³⁶ Ivi, 641.

³⁷ Ivi, 642 s.

³⁸ Ivi, 644 ss.

Ora, se – come abbiamo peraltro già visto – la Corte costituzionale ha senz’altro reagito, pur con formule diverse, alla seconda e alla terza deviazione, e se la quarta può ai nostri fini rimanere – almeno momentaneamente – sullo sfondo, la deviazione più problematica rispetto ai rapporti fra poteri sul piano per così dire interno risulta la prima: la crisi della legge, specialmente intesa come incapacità sempre più marcata del legislativo a dare risposta alle istanze di tutela emergenti dalla società. Ammesso che, secondo la lettura che abbiamo riportato – ampiamente condivisibile quanto alla sua parte descrittiva – l’inerzia legislativa alimenta la tendenza a canalizzare le istanze di tutela verso il giudiziario; ammesso, insomma, che il contesto presenta questi termini di complessità, e premesso quanto detto circa la necessità di un’azione integrata dei pubblici poteri alla luce del dover essere ordinamentale³⁹, ci si può chiedere se davvero, linee giurisprudenziali dei giudici di Palazzo della Consulta come quelle analizzate, si collochino al di fuori della necessità costituzionale. Un abbozzo di risposta non può prescindere dal tenere in considerazione il contesto appena tracciato, e neppure una sua storicizzazione, perché in effetti gli assestamenti recenti non nascono dal nulla.

Com’è stato autorevolmente, l’Italia repubblicana ha attraversato due grandi «trasformazioni costituzionali», legate da un lato all’apertura a un ordine giuridico sovranazionale, e dall’altro – a monte – alla trasformazione, consacrata con la prima sentenza della Corte costituzionale, dell’idea di costituzione, che passa da «*loi politique*» ad autentica «*norma giuridica*». Il che ha portato con sé «il carattere di *pariordinazione* di legislazione e giurisdizione di fronte alla Costituzione»⁴⁰: un rapporto paritario che lungi dallo sminuire la funzione legislativa si fonda sulla premessa per cui la Costituzione non può che affermare la propria normatività a prescindere dai soggetti che vi si staglino dinanzi; un rapporto paritario che implica la possibilità che la normatività costituzionale si dispieghi anche per canali altri dall’*interpositio legislatoris*, e che non significa affatto abiurare al diritto positivo, ma a prendere atto di una sua metamorfosi⁴¹. Metamorfosi del resto sottesa al passaggio alla democrazia costituzionale e alle sue istanze di dover essere⁴²; un assetto che «non è riducibile a quelle formulette stereotipate, per altro assai ricorrenti, che vorrebbero leggere l’intero passaggio in corso nei termini del “declino” del legislatore, e del

³⁹ Si veda *infra* (V.3.).

⁴⁰ M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell’Italia repubblicana*, relazione tenuta presso l’Accademia nazionale dei Lincei, 9 gennaio 2008, in *ASTRID*, 2008, 1 ss., spec. 4 e 9.

⁴¹ Ivi, 8 s. Osserva ancora M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 12: «Ciò che storicamente si sta consumando è la rappresentabilità dell’ordine politico e giuridico in un solo luogo e con un solo strumento, com’era nello Stato liberale di diritto tra Otto e Novecento, nell’età degli Stati nazionali, in cui si riteneva possibile esaurire quella rappresentazione nella legge dello Stato sovrano». In breve, a cadere sarebbe dunque «il carattere monistico del modello costituzionale».

⁴² Condivisibile il rilievo di M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2014, 24, che osserva come nel passaggio allo stato costituzionale l’assetto delle fonti abbia visto accrescere la propria complessità anche alla luce dell’espansione di normatività della costituzione: «Il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più ridotta delle antinomie. Cessa la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato (lo statalismo) e del diritto dello Stato alla legge (il legalismo), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale» (enfasi nostra).

parallelo nuovo “primato” della giurisprudenza», visto che si è anzi trattato di un passaggio «particolarmente complesso, ed orientato nei suoi caratteri di fondo a proporre intrecci ed incontri, o anche scontri, di carattere diverso tra i due protagonisti della scena, tra il legislatore e i giudici»⁴³. Certo è che la normatività costituzionale non poteva che portare con sé una maggiore centralità della giurisdizione nei processi nomopoietici relativi alle libertà. Del resto, i diritti fondamentali, oltre a essere emersi come istanze assiologicamente prioritarie rispetto ad altre, rappresentano anche l’area del diritto costituzionale positivo dalla più pervasiva, elevata normatività⁴⁴. Normatività più accentuata proprio di fronte ai giudici – ed ecco il rilievo dell’assunzione della Costituzione a «norma giuridica» – perché in fondo è l’effettività la dimensione propria dei diritti fondamentali, e «se ciò che conta è la protezione del principio di superiorità della Costituzione, non può negarsi che questa si fa tanto più intensa quanto più è effettiva, ed è più effettiva proprio quando, d’anzi agli organi cui spetta l’applicazione della legge ai casi singoli, i contenuti costituzionali (e non solo quelli concernenti materia di libertà) siano assunti come concretamente condizionanti ogni altra (ed in ipotesi diversa) determinazione dell’ordinamento»⁴⁵.

L’azione della Corte costituzionale si è inserita in questo quadro contribuendo, sul tempo lungo della storia repubblicana, a condizionarlo in maniera decisiva. Per ciò che attiene alla materia penale, che pure dice molto di certi assestamenti e linee di tendenza, abbiamo già evidenziato i principali momenti topici e gli sviluppi a nostro avviso più rilevanti: tornarci sopra sarebbe dunque pleonastico. Arrivati a questo punto, rimane però da approfondire il rapporto fra due forme di dover essere quali la tutela dei diritti e la separazione dei poteri nella giurisprudenza costituzionale, comunque inscindibili sul piano normativo come su quello storico-dogmatico⁴⁶:

⁴³ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2016, 22, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it>.

⁴⁴ Osserva M. LUCIANI, *Giustizia costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, in *Quaderno. Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1992, 29 che se «il movimento per l’istituzione o il completamento della giustizia costituzionale si è fatto oggi così imponente lo si deve... al fatto che dei valori fondanti delle democrazie pluralistiche sono parte essenziale e preponderante i diritti fondamentali».

⁴⁵ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 74, il corsivo è nostro.

⁴⁶ Una nota pagina di Tocqueville sul rischio della «tyrannie de la majorité» illumina la strumentalità della separazione dei poteri rispetto al discorso sulla libertà: se la separazione dei poteri non c’è, per quanto «inique ou déraisonnable que soit la mesure qui vous frappe, il faut donc vous y soumettre»; al contrario, se c’è «un corps législatif composé de telle manière qu’il représente la majorité, sans être nécessairement l’esclave de ses passions; un pouvoir exécutif qui ait une force qui lui soit propre, et une puissance judiciaire indépendante des deux autres pouvoirs; vous aurez encore un gouvernement démocratique, mais il n’y aura presque plus de chances pour la tyrannie» (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, I, Paris, 1835, 150, consultabile in <https://gallica.bnf.fr>, enfasi nostra). Qualche tempo dopo Tocqueville, spostando la riflessione sulla «tyrannie de la majorité» su un piano ancor più profondo, John Stuart Mill avrebbe segnalato che l’approntare garanzie contro la tirannia della maggioranza come forma di oppressione portata avanti da pubblici poteri non basta, perché «when society is itself the tyrant... there needs protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation, of any individuality not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon

ammesso infatti che la Corte costituzionale riesca effettivamente a contribuire alla garanzia dei diritti, rimarrebbe poi da verificare in che misura siano fondate le critiche che alla stessa vengono mosse richiamando – esplicitamente o implicitamente – la separazione dei poteri.

3.2. *Sindacato di legittimità costituzionale in materia penale e tutela dei diritti.*

Guardando alle analizzate linee giurisprudenziali in materia penale, un'incidenza della Corte costituzionale sul discorso intorno alla garanzia dei diritti fondamentali sembrerebbe indubbia. Chiaramente, non tanto sul piano di una tutela immediata, visto che la Corte non è in grado d'incidere sulla dimensione applicativa del diritto, quanto su quello dell'assicurazione dei presupposti che rendono questa tutela possibile. Il che implica un'ulteriore precisazione rispetto alle varie forme normative oggetto del giudizio costituzionale.

Nei casi in cui la Corte dichiara l'illegittimità di determinate fattispecie di reato, l'incidenza sulle possibilità di tutela può diventare decisamente pregnante: al cadere della scelta di criminalizzazione cade anche la possibilità che i diritti fondamentali siano incisi all'esito del processo penale su cui la questione si è innestata alla luce dell'eventuale ascrizione di responsabilità per quel determinato reato⁴⁷. Se poi la Corte giunge a dichiarare l'illegittimità di una fattispecie per lo specifico motivo della criminalizzazione dell'esercizio di un diritto fondamentale, rispetto a quest'ultimo diritto il contributo del giudice costituzionale alla sua tutela sarà pressoché massimo rispetto ai mezzi di cui l'organo dispone.

Guardando invece alle sanzioni, occorre distinguere fra vizi di violazione diretta delle norme costituzionali specificamente dedicate, configurabili – in ipotesi – nella previsione di pene contrarie al senso di umanità, e vizi funzionali, il cui esempio tipico è la manifesta sproporzione della pena astratta rispetto alla gravità del fatto commesso. Nel primo caso la Corte non potrà infatti che annullare *in toto* la sanzione censurata, salvo possibilità di manipolazione che consentano una plausibile sostituzione della sanzione con un'altra non contraria al divieto costituzionale; in ogni caso, si tratta di un'eventualità molto meno probabile della seconda. È infatti decisamente più frequente che una pena sia dichiarata illegittima perché manifestamente sproporzionata: in questo caso, scartata l'eventualità o, se si preferisce, l'opportunità⁴⁸ di un annullamento semplice – stando almeno alla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni – si apre pressoché sistematicamente la necessità di una rimodulazione della sanzione astratta; rimodulazione attuabile,

the model of its own» (J.S. MILL, *On Liberty* (IV ed., 1869), in J.M. Robson (ed.), *The Collected Works of John Stuart Mill*, XVIII, Toronto-London, 220, tr. it. di G. Mollica, *Sulla libertà*, Milano, 2017).

⁴⁷ Il che, ovviamente, non esclude ad esempio la possibilità di sussumere la fattispecie concreta in una diversa fattispecie astratta, rispetto alla quale il reato dichiarato illegittimo si pone – in ipotesi – in termini di specialità.

⁴⁸ La Corte costituzionale tende infatti a riconoscere che la valutazione sull'opportunità di ricorrere al potere punitivo, espressione della discrezionalità legislativa, implichi anche che il caso di una pena ritenuta manifestamente sproporzionata – e dunque incostituzionale – non comporta per questo il venir meno della *necessità* – espressa dalla valutazione legislativa, appunto – che determinati fatti siano puniti. Sul punto, rinviamo a quanto esposto *supra* (III.3).

a seconda del tessuto legislativo di riferimento, o attraverso un'ablazione o attraverso una manipolazione, a seguito della quale la Corte finisce comunque per fornire al giudice una sanzione applicabile nel giudizio principale. In questo caso, la tutela dei diritti fondamentali riceve un'implementazione grazie all'azione della Corte costituzionale che magari sarà meno pregnante delle altre ipotesi prese in considerazione – vista l'applicabilità ciò nonostante di una sanzione penale – e tuttavia si tratta di un apporto significativo, perché dischiude possibilità di punizione mitigata che altrimenti sarebbero al giudice radicalmente precluse. Una tutela che verte evidentemente più sul *quantum* che sull'opportunità stessa della compressione dei diritti.

Un impatto ancora diverso sulla tutela dei diritti si ha poi nel caso di sindacato su istituti della punibilità: in queste ipotesi, gli esiti in termini di effettività sono poi legati a doppio filo alla morfologia di regole, principi e istituti di volta in volta sindacati.

Se l'incidenza sulle possibilità di tutela effettiva dei diritti cambia a seconda della morfologia delle norme oggetto di sindacato costituzionale, comune alle tre ipotesi – e, evidentemente, a ogni altra area dell'esperienza giuridica – è tuttavia il fatto che questa stessa incidenza rimane un'incidenza mediata. *La Corte costituzionale può infatti contribuire a implementare la tutela dei diritti fondamentali soltanto in via indiretta*, alla luce di un passaggio ulteriore e necessario presso il giudice che solleva la questione il quale, prima di ritrovarsi ad applicare la norma fornitagli dai giudici di Palazzo della Consulta, restituisce agli stessi l'istantanea di una parte di tessuto legislativo nel suo accingersi a inverarsi sul piano dell'effettività. E se questo è il circuito che prende forma alla luce del canone dell'incidentalità, il carattere necessariamente mediato della tutela dei diritti fondamentali attraverso la giurisprudenza costituzionale emerge anche su un altro versante. Talvolta, l'asse funzionale tra Corte costituzionale e magistratura è infatti insufficiente ad assicurare una tutela sufficiente, magari per la totale assenza di una disciplina o la mancanza di punti di riferimento che possano assicurare ai giudici interpretazioni plausibili o garantire adeguati margini d'intervento alla stessa Corte, e allora si fa particolarmente viva la necessità che intervenga *il legislatore*, il quale dando attuazione e sviluppo ai principi costituzionali non soltanto traccia per quella che è la sua parte l'equilibrio fra stabilità e mutamento, ma completa la cornice del diritto posto entro la quale la tutela dei diritti può effettivamente darsi.

Certo è che – e forse su questo una chiosa può essere opportuna – l'assenza di un istituto di ricorso diretto alla Corte costituzionale complica in misura considerevole le possibilità di tutela effettiva dei diritti fondamentali nei casi in cui il canone dell'incidentalità ponga la persona di fronte a giudici che – *erroneamente*, si badi – ritengano manifestamente infondate questioni di legittimità su norme che violano quegli stessi diritti. Si dirà che ciò può accadere e che è parte fisiologica dell'apparato normativo che esprime la giustizia costituzionale italiana, fondata per larga parte sulla logica del giudizio incidentale. Al che si potrebbe però replicare, limitandosi ad argomenti forniti dall'analisi della giurisprudenza in materia penale, che esistono ipotesi di potenzialmente gravissima violazione dei diritti senza alcuna forma di garanzia: pensiamo ai massimi edittali, non sindacati per difetto di rilevanza. Qui il problema non è tanto il giudizio sul massimo in sé, perché in effetti

potrebbe anche concedersi che stia nelle cose il fatto che sarà poi il giudice comune l'organo chiamato a comminare la sanzione in concreto, con tutti i controlli dovuti in sede di appello e di ricorso per cassazione; la questione verte piuttosto sulle cornici sanzionatorie troppo ampie, che proprio al giudice ascrivono una latitudine valutativa che in una materia coperta da riserva di legge – al di là del fatto che sia materia penale – può porre degli interrogativi sul piano delle garanzie, se è vero come è vero che l'istituto stesso della riserva dovrebbe rispondere a un fondamento garantista e democratico⁴⁹, per non dire del discorso più volte ripreso dalla Corte costituzionale sulle «libere scelte d'azione»⁵⁰, che di fronte a cornici eccessivamente ampie diverrebbe abbastanza problematico.

In ogni caso, preso atto che l'azione della Corte costituzionale non è affatto estranea alla tutela dei diritti fondamentali, e che seppur mediata incide profondamente su questa necessità costituzionale anche in materia penale, resta da vedere se e come il nuovo corso possa risultare compatibile con la separazione dei poteri.

3.3. *Sindacato di legittimità costituzionale in materia penale e separazione dei poteri.*

Gli aspetti in genere ritenuti più problematici della più recente giurisprudenza costituzionale in materia penale riguardano A) le 'nuove' sentenze manipolative dichiaratamente sganciate dal canone delle rime obbligate e B) l'impiego della tecnica del rinvio della trattazione a data fissa con tanto di indicazioni al legislatore circa i profili di dover essere costituzionale di cui dovrà tenere conto nel suo – eventuale – intervento prima del termine fissato dalla Corte. In ciò, la questione è sostanzialmente accomunabile a quanto avviene in altri ambiti.

A) Quanto al superamento delle rime obbligate ci siamo già diffusi, evidenziando l'insussistenza e l'insostenibilità teorica di quella costruzione giurisprudenziale⁵¹: il suo superamento non ci appare dunque in grado di giustificare le critiche di chi ha rinvenuto nei recenti giudizi sulla proporzione sanzionatoria accompagnati da manipolazioni a rime possibili elementi in grado di minare «in radice la legittimazione della Corte costituzionale»⁵². Certo è condivisibile il richiamo che questa parte della letteratura fa rispetto alla necessità che la Corte orienti la parte manipolativa dei propri interventi a indici ricostruttivi che conducano a soluzioni rigorose e il più possibile giustificabili, e in questo senso le rime obbligate garantivano una tendenziale – anche se appunto non sempre scientificamente convincente⁵³ – garanzia di 'equilibrio' nelle decisioni manipolative. I casi di manipolazione davvero clamorosa erano ridotti. E tuttavia, si trattava di un equilibrio fondato su presupposti teoretici fragilissimi; soprattutto, si trattava di un

⁴⁹ Si veda *supra* (II.2 ss.).

⁵⁰ Si veda *supra* (II.6.1).

⁵¹ Si veda *supra* (II.4 e III.2).

⁵² A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, 268.

⁵³ Significative le critiche di metà anni Ottanta di G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, ora in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 755 ss.

equilibrio al ribasso, di una giustizia costituzionale che almeno in materia penale⁵⁴ lasciava scoperte amplissime zone franche dal sindacato di legittimità della Corte, con conseguenze inaccettabili e per la garanzia della legalità costituzionale in sé, e per la garanzia dei diritti fondamentali nell'area del tessuto legislativo dove più di ogni altra vengono compressi – oltre che, in caso di accertata illegittimità, violati. Oggi la Corte costituzionale ha rivisto da un lato alcune letture delle disposizioni costituzionali, tant'è che la proporzione sanzionatoria assurge a parametro autonomo, e dall'altro canoni come quello richiamato: se i mutamenti interpretativi possono effettivamente ridurre gli spazi di discrezionalità legislativa, l'abbandono delle rime obbligate dischiude inedite possibilità di sindacato. Certo, l'altra faccia della medaglia reca con sé l'assunzione di una prospettiva in cui determinate soluzioni sono *dichiaratamente* opinabili; una prospettiva in cui la Corte riconosce di avere una latitudine valutativa, rispetto alla quale non è forse neppure eccessivo parlare di politica del diritto⁵⁵; una prospettiva che restituisce molto nitidamente il riflesso della necessità di un esercizio della funzione legislativa che dia sviluppo ai principi costituzionali, da cui la cedevolezza del giudicato costituzionale⁵⁶. Arrivare però ad affermare la totale ingiustificabilità di interventi manipolativi non orientati dal canone delle rime obbligate⁵⁷ ove le rime obbligate non siano in realtà sostenute da alcun solido fondamento teorico non ci sembra condivisibile; piuttosto, in questi casi la Corte costituzionale dà, senza celarsi dietro un velo opinabilissimo, una – pur dichiaratamente temporanea – attuazione alla legalità costituzionale attraverso la sua interpretazione della Costituzione e del tessuto legislativo, che con la stessa si pone in stretto rapporto. Né sembra da condividere la pur autorevole prospettazione di un recupero del canone delle rime obbligate attenuandone la rigidità e orientando la manipolazione non entro «un approccio “macro” che contempli l'intero sistema normativo o anche semplicemente suoi interi blocchi», ma «entro un approccio “micro” che si attenga alla logica specifica delle singole previsioni normative censurate e le riconduca a costituzionalità nella loro distinta individualità», alla luce del quale «cessano d'essere diffusi i casi di preclusione dell'intervento ripristinatorio della legalità costituzionale» e «cessano d'essere una chimera le rime obbligate»⁵⁸: posto che le soluzioni individuate dalla Corte

⁵⁴ Si veda *supra* (II.2 ss.).

⁵⁵ Pensiamo fra i molti esempi passati in rassegna alla sentenza n. 222 del 2018 in tema di bancarotta fraudolenta, nella quale la Corte costituzionale, nell'annullare la pena accessoria fissa ritenuta irragionevole, pur potendo abbracciare la soluzione prospettata dal giudice rimettente (annullamento parziale che avrebbe consentito l'espansione della regola residuale di cui all'art. 37 cod. pen. che lega la durata della pena accessoria a quella della pena principale) opta invece per una pronuncia manipolativa attraverso l'individuazione di una soluzione già esistente nel tessuto legislativo, sganciando la durata della pena accessoria da quella principale e consentendo al giudice di modulare la durata della prima «fino a» dieci anni.

⁵⁶ Si veda *supra* (IV.7).

⁵⁷ Come nel caso di A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato*, in *Consulta OnLine*, III, 2018, 573, nota 10, il quale osserva: «Stranamente, assai di frequente si trascura (da parte della stessa Corte come pure della più avveduta dottrina) che nessuna giustificazione può darsi a beneficio dell'addizione posta in essere alla Consulta laddove la stessa norma».

espressiva di un principio non discenda “a rime obbligate” dalla Costituzione.

⁵⁸ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 198.

costituzionale non hanno mai guardato all'«intero sistema normativo», più che un recupero con relativa flessibilizzazione del canone delle rime obbligate la tesi prospettata non fa che restituire un'istantanea dell'esistente, e cioè del passaggio alle rime possibili.

Va peraltro ricordato che, guardando alla materia penale, le principali manipolazioni della giurisprudenza analizzata hanno riguardato non tanto fattispecie, quanto per lo più sanzioni. E di fronte, ad esempio, a sanzioni fisse, ovverosia le sanzioni più problematiche rispetto alla legalità costituzionale – e su cui non a caso la Corte svolge una sorta di *strict scrutiny*⁵⁹ – non basta affermare che «il legislatore ha esercitato pienamente una scelta politica prescrivendo... una misura fissa che esprime un determinato disvalore»⁶⁰. Non basta perché, sebbene il potere punitivo si estrinsechi nel quadro di una concezione polifunzionale delle pene in cui c'è senz'altro una componente di retribuzione, anche la funzione legislativa che esprime sanzioni penali è vincolata e conformata dai principi costituzionali: la Corte non «stabilisce il disvalore sociale di una condotta individuale e, quindi, prescrive la relativa sanzione»⁶¹, ma valuta la compatibilità della norma applicabile al caso con i principi costituzionali, e riscontrato un vizio funzionale alla luce della violazione di un determinato parametro individua, proprio per non far cadere *in toto* una determinata scelta di normazione punitiva, un indice ricostruttivo in grado di rispondere alla necessità costituzionale. Un indice – frammento di disposizione – la cui eventuale, futura sostituzione è peraltro nella disponibilità del legislatore. Che poi nei singoli casi le modalità d'individuazione dell'indice ricostruttivo possano non essere condivisibili⁶², è una questione altra rispetto all'accertamento dell'illegittimità costituzionale. D'altra parte, uno scenario in cui la Corte costituzionale abiurasse alla funzione cui è chiamata, ovverosia garantire la legalità costituzionale, non solo non sarebbe auspicabile, ma dovrebbe interrogare in termini ancor più gravi attorno alla questione dell'equilibrio fra i poteri. Se la traduzione degli inviti al *self-restraint* spesso rivolti alla Corte finisce per essere *una forma di denegata giustizia*, allora il costo pagato dalla legalità costituzionale diventa del tutto inaccettabile. Si può non condividere il modo, e forse è plausibile che sulle modalità d'azione ci siano margini di 'aggiustamento', e tuttavia rimane imprescindibile preservare, in ultima analisi, il risultato: la garanzia della legalità costituzionale.

B) Sempre nell'ottica di assicurare l'attuazione costituzionale può essere letta anche l'elaborazione della tecnica del rinvio a data, adottata a partire dall'ordinanza n. 207 del 2018. Lasciando sullo sfondo la questione più strettamente processuale, le critiche più severe mosse a questa soluzione hanno riguardato il fatto stesso che la Corte costituzionale abbia – in quello e in altri casi – indicato al legislatore i termini del proprio futuro intervento, sostanzialmente vincolandolo⁶³. Anche qui, tuttavia,

⁵⁹ Si veda *supra* (II.3.3.2).

⁶⁰ Così, ancora, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 268.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² L'autore da ultimo citato sviluppa la sua critica essenzialmente attorno alla sentenza n. 222 del 2018, la cui soluzione manipolativa ha suscitato perplessità anche in chi scrive.

⁶³ Un punto su cui si sono appuntate svariate critiche sulle quali, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, si rinvia alla ricostruzione effettuata *supra* (III.9).

non possiamo che ribadire l'ovvio: la discrezionalità legislativa è un'attività vincolata per definizione. Il fatto che la Corte costituzionale riscontri una tensione, o ancora peggio un vero e proprio conflitto fra parte del tessuto legislativo e una o più norme costituzionale, e che per di più esponga queste problematiche al legislatore con ordinanze come quella richiamata, è il minimo dovuto tanto sul piano della leale collaborazione istituzionale quanto, soprattutto, su quello del dover essere costituzionale. Il fatto che certi limiti alla funzione legislativa sia esplicitati *ex ante* piuttosto che accertati *ex post* con tanto di declaratoria d'incostituzionalità dovrebbero per certi versi rendere anche più chiare le possibilità d'intervento del legislativo; il quale rimane peraltro libero di non intervenire, al prezzo però di costringere la Corte a individuare comunque un rimedio per riportare quella parte della legislazione nell'alveo della legalità costituzionale. Non potendo vincolare il legislativo a intervenire, non vediamo neppure in questo caso dove stia il debordare della Corte dalle proprie funzioni⁶⁴.

In fondo, entrambi i punti 'critici' – rime possibili e tecnica dell'«incostituzionalità prospettata»⁶⁵ – riportano proprio di fronte al problema di una spesso cronica inerzia del legislativo, preso atto del quale la Corte non rinuncia comunque a svolgere la propria funzione: «realizzare il massimo di attuazione costituzionale consentitole dai suoi poteri»⁶⁶. In materia penale, però, rispetto agli orientamenti recenti – nello specifico sul ricorso a sentenze manipolative al di fuori di una logica di rima obbligata – viene solitamente addotto in senso critico un ulteriore argomento, rappresentato dalla riserva di legge espressa dall'art. 25, secondo comma, Cost.

3.4. Alcune precisazioni su riserva di legge e sindacato di legittimità costituzionale.

Si tende spesso ad affermare che la riserva di legge in materia penale ascriva anzitutto – meglio: in via esclusiva – al legislatore la definizione delle fattispecie penali, delle relative sanzioni e degli istituti della punibilità. Il che è tendenzialmente condivisibile, al netto però di alcune doverose precisazioni.

Intanto, dal momento che pur nella loro diversità funzionale le riserve di legge sono accomunate da una *ratio* fondamentalmente unitaria che racchiude in sé una dimensione di garanzia e una di implementazione del principio democratico, non si

⁶⁴ Già a inizio anni Novanta, in uno studio comparativo sul limite delle *political question*, C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991, 167 aveva osservato che, al di là della difficoltà di porre a confronto l'esperienza statunitense – in cui già a livello federale esistono limiti strutturali nei confronti dell'azione del giudice – l'analisi aveva portato a emersione «l'esistenza incontrovertibile di un tentativo espletato dal giudice costituzionale di individuare i limiti strutturali del controllo di costituzionalità delle leggi». Insomma, le critiche rivolte all'elaborazione della tecnica del rinvio a data fissa sembrano non tenere sempre in adeguato conto il fatto che in fondo il suo impiego non è funzionale a rendere giustizia costituzionale – cosa che la Corte potrebbe fare comunque – ma a spingere il legislativo a intervenire, facendo la sua parte nell'opera di attuazione costituzionale.

⁶⁵ Per questa denominazione si veda la relazione del presidente Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018, 3, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it>.

⁶⁶ L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 560.

vede perché quella della riserva in materia penale debba discostarsi dalle altre. Il che significa che l'istituto non può – o se si vuole, non può *più* – essere inteso come riserva di organo: al netto della presa di posizione in senso contrario – pur con oscillazioni⁶⁷ – della Corte costituzionale che già basterebbe, sul piano sistematico le conseguenze sarebbero in caso contrario del tutto inaccettabili, perché portando il discorso alle sue estreme conseguenze dovrebbe non soltanto negarsi agli atti equiparati alla legge la disciplina di vastissime aree dell'esperienza giuridica – coperte appunto dalle riserve di legge contenute nella Costituzione – ma si finirebbe pure, rispetto alla specifica riserva di legge penale, per dimenticare che proprio i più grandi – e se si vuole *alti* – atti di normazione in materia alla base delle grandi riforme e degli stessi codici, sono tradizionalmente rappresentati da decreti legislativi⁶⁸.

Inoltre, la riserva di legge implica appunto né più né meno che la riserva alla legge o ad atti aventi forza di legge della disciplina di determinati oggetti, il che non rende affatto la legge che soddisfa la riserva una legge insindacabile dalla Corte costituzionale, a pena d'incrinare i presupposti stessi – prima ancora delle possibilità di frustrare i fini – del sistema di giustizia costituzionale. E del resto, ad ammettere quest'argomento, visto l'elevato numero di riserve di legge espresso dal testo costituzionale si finirebbe per inibire alla Corte il sindacato di legittimità su una vastissima area dell'esperienza giuridica; un'area peraltro coincidente con gran parte del tessuto legislativo legato alla tutela dei diritti fondamentali.

Va poi detto che non soltanto l'interpretazione della disposizione di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. si è più volte evoluta nei lunghi decenni di storia della giurisprudenza costituzionale, passando da letture che azzarderemmo a definire radicali – se non proprio orientate da un'immagine a tratti ideologica di una supremazia del legislativo – in particolare in materia penale, da cui derivava addirittura l'inammissibilità d'interventi della Corte costituzionale, alle progressive aperture nel sindacato anche *in malam partem*. E la direzione di queste linee evolutive nell'ottica di una sempre maggior apertura è stata non a caso legata proprio all'avvertita necessità di ridurre le zone franche dal sindacato di legittimità costituzionale, in perfetta coerenza con le trasformazioni che hanno attraversato la storia della giustizia costituzionale italiana e la complessiva esperienza ordinamentale: in una parola, è una tendenza che – al netto dei singoli orientamenti interpretativi, che possono di per sé essere o meno condivisi – riflette l'espansione della normatività della Costituzione. Un'espansione che, è appena il caso di osservare, in materia penale finisce inevitabilmente per collidere con una

⁶⁷ Ci riferiamo in particolare alla nota sentenza n. 487 del 1989 (rel. Dell'Andro) su cui ci siamo soffermati *supra* (I.2) che come detto va contestualizzata rispetto alla fase e al contesto in cui fu pronunciata. Se poi è vero che la Corte ha ripreso la premessa di questa pronuncia in cui sembra emergere l'idea di una riserva di legge penale come riserva di organo (sentenze n. 394 del 2006, n. 5 e 46 del 2014, n. 189 del 2019, n. 17 del 2021 e n. 105 del 2022) il fatto che l'impiego di atti aventi forza di legge in materia sia da lunghi decenni considerato pacifico – pur al netto di alcuni *obiter dicta* carichi di suggestione e non privi di una loro significanza – questo stesso fatto in sé considerato equivale a porre una pietra tombale sulla questione di come la Corte intenda la riserva di legge, anche in ambito penale: riserva di fonte, senza dubbio alcuno.

⁶⁸ Sono ampiamente condivisibili, sul punto, le pungenti osservazioni di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017, 42.

legislazione per larghi tratti ereditata dal fascismo e con recenti tendenze agli inasprimenti sanzionatori sull'onda di un certo panpenalismo venato di pulsioni populistiche e a tratti autoritarie, dimentico che una democrazia lotta contro i mali della società 'con una mano legata dietro la schiena'⁶⁹. Insomma, tenendo ferma la necessità di garantire la legalità costituzionale, un ipotetico ritorno al *self-restraint* del passato ci sembra una prospettiva non percorribile: né realisticamente né idealmente.

Nella giurisprudenza più recente, tra l'altro – come abbiamo avuto modo di osservare – la discrezionalità legislativa in materia penale è stata ridotta grazie a pronunce *in bonam partem*; pronunce che dunque nulla avrebbero a che fare con l'interpretazione della riserva di legge penale radicata nei lunghi decenni di attività della Corte costituzionale intesa come limite alle sue possibilità di azione, che riguardava invece essenzialmente interventi *in malam partem*⁷⁰. La conseguenza è che, a meno di richiamarsi a suggestioni ideologico-dogmatiche comunque risalenti all'epoca del mito dell'onnipotenza della legge e della – per dirla à la Kelsen – finzione della rappresentanza politica, l'asserita contraddizione fra riserva di legge penale e sindacato di legittimità costituzionale non solo non è pacifica, ma è tutta da dimostrare. In altri termini, la parte di letteratura più critica sembrerebbe ascrivere all'argomento dell'insindacabilità della legge negli ambiti coperti da riserva un tratto di apparentemente indiscutibilità, nel quadro di una pacifica accettazione scientifica che però nella lunga storia della giurisprudenza costituzionale italiana trova più smentite che riscontri; e gli stessi riscontri si rinvencono in passaggi argomentativi che però non hanno mai condotto a simili risultati. Insomma, le autolimitazioni di questo sindacato riguardano possibili esiti peggiorativi rispetto ai diritti fondamentali al netto delle specifiche aperture di cui si è detto, e non – come invece sembrerebbe prospettare parte della letteratura critica – questioni in cui l'accoglimento può determinare un ampliamento degli spazi di libertà, preclusione che decenni di giurisprudenza costituzionale ci dicono essere invece inaccettabile. In una parola: la storia delle sedimentazioni interpretative della Corte costituzionale sulla riserva di legge restituisce un quadro ben più complesso rispetto all'idea di un inevitabile contraddizione fra riserva di legge e sindacato di legittimità, e in ogni caso da più di quarant'anni, dalla sentenza Paladin (n. 148 del 1983) in poi, queste stesse interpretazioni hanno subito una torsione verso una progressiva espansione del sindacato, talvolta addirittura critica perché ritenuta insufficiente.

D'altro canto, non vediamo neppure il rischio che la Corte incrina in questo modo il dover essere costituzionale posto dalla separazione dei poteri.

⁶⁹ Riprendendo un noto passo di Aharon Barak: «This is the fate of democracy, as not all means are acceptable to it, and not all methods employed by its enemies are open to it. Sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Nonetheless, it has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties» (High Court of Justice of Israel (Beit Mishpat Gavo'ah LeTzedek), 5100/94, *Public Committee against Torture in Israel v. The State of Israel et al.*, 53(4) P.D. 817, 845, ripreso anche in A. BARAK e C. FRIED, *The Supreme Court, 2001 Term*, in *Harvard Law Review*, 1, 2002, 148).

⁷⁰ Si veda *supra* (I.2.3.5).

Prendiamo ad esempio in considerazione la nota elaborazione teorica incentrata sull'idea dei «*cicli funzionali*», in cui la separazione dei poteri viene rispettata in assenza di un cumulo di funzioni – rispettivamente *normativa*, *esecutivo-attuativa* e *di controllo* – in capo allo stesso potere nel medesimo ciclo funzionale⁷¹: ebbene, quest'impostazione dogmatica esclude in radice la violazione della separazione. Nel caso delle sentenze manipolative, infatti, se anche può arrivare a configurarsi un'«anomalia» rispetto alle ipotesi più classiche di ciclo funzionale – in cui tutte e tre le funzioni vengono esercitate, e vengono esercitate da poteri diversi – non viene perciò meno anche il rispetto della separazione dei poteri. Più precisamente, secondo quest'impostazione dogmatica, nel caso delle sentenze manipolative la funzione normativa sarebbe esercitata dalla stessa sentenza della Corte, mentre quella attuativa consisterebbe nel porre in essere «tutti gli atti destinati a dare esecuzione alla sentenza»; l'assenza di una funzione di controllo, per converso, non fa venir meno il rispetto della separazione, «perché è apparsa necessaria un'addizione normativa destinata ad operare, per mezzo dell'efficacia tipica della sentenza costituzionale, nel contesto di una operazione di adattamento della legislazione ai precetti costituzionali, così come interpretati dalla Corte»⁷².

Ora, al netto del fatto che si condivida o meno questa specifica teoria, è significativo che anche da giuristi che tradizionalmente non hanno lesinato critiche agli interventi manipolativi della Corte costituzionale si escluda con una simile nettezza la violazione di questo specifico dover essere.

Preso dunque atto dell'implausibilità delle critiche talvolta indirizzate alla Corte su questo piano, un conto è la questione dell'ipotetica – e comunque da respingere – violazione della separazione dei poteri, un conto è proprio la questione della legittimazione del Giudice delle Leggi nello svolgimento delle sue funzioni: tema, quest'ultimo, che riguarda l'azione dell'organo in sé e per sé e sul quale, alla luce del nuovo corso in materia penale, può essere opportuna qualche precisazione.

4. Sulla legittimazione della Corte costituzionale.

A distanza di oltre due secoli dall'instaurazione del *judicial review of legislation* negli Stati Uniti d'America e di circa cent'anni dalla teorizzazione della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana, le evoluzioni del diritto sottese al consolidamento della democrazia costituzionale in larga parte dei paesi dell'Occidente hanno reso la giustizia costituzionale un'acquisizione ormai indiscussa nella sua necessità all'interno dell'esperienza ordinamentale⁷³. E così,

⁷¹ Ci riferiamo ovviamente alla tesi di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984, 245 ss., spec. 256. Teorica – come visto *supra* (II.4) – peraltro propugnata da uno studioso inizialmente assai critico verso la pronuncia di sentenze manipolative.

⁷² Così, ancora G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 715.

⁷³ Osserva però a margine di un'accurata analisi G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, 162, che «la *Verfassungsgerichtsbarkeit* e il *judicial-review* sono istituti per origini, natura e scopo molto più distanti di quanto in genere si stima, valutandoli alla luce abbagliante ed illusoria della comune funzione di garanzia giurisdizionale della Costituzione», e che solo il secondo rappresenterebbe un esempio di «vera e propria giurisdizione, ossia, decisione secondo Costituzione del caso concreto, applicazione diretta delle norme

i timori che al giudiziario – o a organi che comunque ricorrono al metodo giurisdizionale – i timori che a quello che Alexander Hamilton aveva definito il «least dangerous branch»⁷⁴ fosse assegnata la funzione di giudicare nientemeno che della legittimità delle leggi democratiche; i timori che avevano spinto a segnalare una «counter-majoritarian difficulty»⁷⁵ del sindacato costituzionale sono, se non del tutto caduti, almeno fortemente ridimensionati proprio dalla presa d'atto della necessità di strutture normative e organizzative a garanzia della legalità costituzionale. D'altra parte, nel concreto fluire storico, esattamente come quelli per così dire più prossimi alla dimensione democratica, al circuito elettorale, anche gli organi di garanzia sono legati a istanze di legittimazione.

Verso la metà anni degli Ottanta, tracciando i termini della questione, un autorevole interprete delle origini e dell'evoluzione degli istituti di giustizia costituzionale ebbe proprio a segnalare che questi stavano attraversando «una crisi di trasformazione che si manifesta innanzi tutto sotto l'aspetto di una complicazione dei meccanismi di legittimazione», giungendo a parlare rispetto all'esperienza italiana di «una fase che vede ormai indirizzarsi anche verso la Corte, insieme a una persistente istanza di unificazione ideologica, una richiesta di razionalità rispetto allo scopo»⁷⁶. Secondo questa lettura, il giudice costituzionale si sarebbe trovato dunque di fronte a due possibili prospettive di legittimazione. La prima, risalente peraltro ai primi anni di attività, «legata a un'istanza di unità in base ai valori, ossia di normatività dell'intera Costituzione»⁷⁷: il che significa che la legittimazione della Corte derivava dal solo fatto di garantire la legalità costituzionale, aspetto che trovava il proprio terreno d'elezione prediletto sul sindacato di legittimità sulle norme anteriori alla Costituzione – la «Fortuna»⁷⁸ della Corte – e, più a monte, la stessa affermazione di un simile sindacato⁷⁹. La seconda prospettiva è emersa nel

costituzionali alla fattispecie concreta attraverso la disapplicazione della legge». Al contrario, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* rappresenterebbe «un atto di sfiducia nei confronti dei giudici», perché «nella sua impostazione teorica e nelle sue applicazioni pratiche costituisce un acuto e coerente prodotto dello sforzo di contrastare la minaccia di uno svuotamento giurisprudenziale dello Stato legislativo e dei poteri parlamentari sanciti nelle Costituzioni repubblicane dell'Austria e della Germania» (ivi, 159).

⁷⁴ «Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them» (A. HAMILTON, *The Federalist Papers: No. 78* (1787-1788), ora in G.W. Carey e J. McClellan (eds.), *The Federalist*, Indianapolis, 2001, 402).

⁷⁵ «...when the Supreme Court declares unconstitutional [16] a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. It is an altogether different kettle of fish, and it is *the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic*» (A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962, 17, il quale riprese per il titolo del volume, con un certo qual gusto per il paradosso, proprio l'immagine formulata in tutt'altro senso da Hamilton quasi due secoli prima).

⁷⁶ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 140 ss., spec. 147.

⁷⁷ Ivi, 140.

⁷⁸ Ivi, 137.

⁷⁹ «La Corte», ha scritto ancora Carlo Mezzanotte, «superando le tenaci resistenze di quanti auspicavano che il sindacato sulle leggi anteriori restasse affidato ai giudici comuni, affinché

tempo, alla luce del progressivo venir meno della «plusvalenza ideologica»⁸⁰ data dall'appuntarsi del controllo della Corte essenzialmente su leggi anteriori all'instaurazione del nuovo ordine costituzionale, e si traduce nella sempre maggiore ascrizione d'importanza alla capacità di «dare risposte diversificate e al tempo stesso contingenti al gioco delle sollecitazioni incrociate», riflessa nel ricorso diffuso al canone di ragionevolezza⁸¹. «La valutazione del risultato», in definitiva, «che prima, nella fase di costruzione ideologica, era tendenzialmente assorbita nell'idea dell'*a priori* costituzionale, e nella metodologia prescrittiva che questa idea comportava, diventa ora una tappa dell'itinerario di legittimazione del giudice delle leggi»⁸². A distanza di un quarantennio da quell'elaborazione, ci si può chiedere come si collochi, in questo quadro, la giurisprudenza analizzata.

Il punto di partenza può essere la stessa giustificazione costituzionale dei cambiamenti recenti. Giustificazione che, nostro avviso, può essere ricercata o su un piano generale, o su più piani particolari.

La Corte costituzionale – lo abbiamo ricordato – ha optato senza dubbio per la prima alternativa, individuando la necessità di un cambiamento nel suo approccio – anche – alla materia penale alla luce delle declamate *istanze di tutela dei diritti fondamentali*: sul punto le due relazioni annuali delle presidenze Lattanzi e Cartabia⁸³ sono estremamente chiare. Se però tentassimo di individuare una giustificazione nella stessa Costituzione, al di là di quanto affermato dalla Corte, non rinverremmo affatto una corrispondenza con la spiegazione data dall'organo, che risulta in larga parte insoddisfacente proprio in quanto richiama i diritti fondamentali; ed è insufficiente esattamente a causa della ricerca di una legittimazione per valori, perché i diritti fondamentali – anzitutto in quanto istanze assiologiche, e poi alla luce della morfologia del testo costituzionale – sono per definizione soggetti a bilanciamento⁸⁴. E proprio la suscettibilità di essere sottoposti a bilanciamento non restituisce e probabilmente non restituirà mai una risposta univoca, né tantomeno coerente su un piano sistematico. Il che, se si pensa al fatto che questa giustificazione ambisce a collocarsi su un piano generale, se non addirittura sistemico, potrebbe apparire quasi paradossale; non fosse però che la dimensione propria dei valori e del loro inverarsi nella dinamica costituzionale non

“continuassero” ad applicare, nel caso di “antinomie”, il principio della *lex posterior*, ha subito intuito che quella era una miniera d'oro; guadagnarsene l'accesso avrebbe significato acquistare un sovrapprezzo di legittimazione nei confronti sia dei giudici comuni, sia del Parlamento, entrambi rei di lesa costituzione per avere, in concorso fra loro, lasciato che la questione delle leggi vecchie si trascinasse per oltre otto anni fino ad immarcidire» (ivi, 138).

⁸⁰ Ivi, 140.

⁸¹ Ivi, 141.

⁸² Ivi, 142.

⁸³ Consultabili in <https://www.cortecostituzionale.it>.

⁸⁴ Riprendendo il noto passo di una delle sentenze più discusse della giustizia costituzionale italiana: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (sentenza n. 85 del 2013, rel. Silvestri).

è quella di un astratto empireo ideale ma quella dei concreti sussulti del reale⁸⁵, e cioè quella dell'inveramento interpretativo-applicativo del diritto, con tutta la sua intrinseca, talvolta drammatica, ineliminabile carica conflittuale⁸⁶.

Un secondo terreno di ricerca di questa giustificazione verte invece, come dicevamo, su più piani specifici, non necessariamente legati fra loro ma tutti funzionali a determinare significativi assestamenti all'interno della giurisprudenza costituzionale. Un terreno di ricerca che in effetti potrebbe essere più prossimo all'indagine dei presupposti di una legittimazione che guardi anche alla «razionalità rispetto allo scopo» oltre che alla «razionalità rispetto al valore»⁸⁷, e che si presenta senz'altro meno lineare e rassicurante di quello rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali in sé e per sé. Su questo terreno si collocano *i gruppi di casi trattati nei nuovi indirizzi giurisprudenziali con le questioni che racchiudono e dischiudono*, e con questi *i criteri di giudizio che hanno orientato l'agire della Corte costituzionale*.

E in tal senso, l'articolazione espressa dalla giurisprudenza analizzata alla luce di questi elementi non è priva di significato. E non è priva di significato perché a un'articolazione del genere sono sottese questioni che vanno al cuore degli istituti di giustizia costituzionale e della dinamica ordinamentale, con cui la Corte è necessariamente costretta a misurarsi.

Dalla necessità che le disposizioni, specie quelle sanzionatorie, non siano troppo rigide di fronte a un legislativo che tende invece troppo spesso a imbrigliare l'opera interpretativo-applicativa del giudice attraverso automatismi, all'improvvisa irruzione di politiche criminali improntate a un populismo espressione di un'assiologia antitetica a quella costituzionale, passando per la mancata riforma del codice penale del 1930.

Dal bisogno di ridurre le decisamente troppo ampie zone franche dal sindacato di legittimità costituzionale anche in materia di diritti fondamentali, alla necessità di reagire all'inerzia legislativa di fronte al pressante emergere di istanze sociali dall'indubbio rilievo costituzionale.

Dall'avvicinamento dello statuto garantistico delle sanzioni amministrative a quelle penali in senso stretto alla progressiva apertura dell'ordine costituzionale al diritto internazionale – in particolare alla CEDU – e a quello dell'Unione europea.

Dal segnalato isolamento della Corte costituzionale all'interno del *judge-made system* nazionale ed europeo per arrivare, infine, ai fisiologici mutamenti delle interpretazioni della Costituzione che pure nelle dinamiche complessive hanno un loro indubbio peso.

⁸⁵ Del resto, se pure il valore viene definito come «entità irrelata, ossia disincagliata da qualunque concreto contesto assiologico di riferimento (etico, giuridico, estetico)», d'altro canto finisce per rivestire «un'importanza decisiva ai fini della morfologia del concreto sistema giuridico» (A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 96).

⁸⁶ «L'unità della Costituzione», scriveva Luigi Mengoni, «non è un concetto sistematico-normativo, ma un principio ermeneutico che impartisce una direttiva di trattazione delle antinomie di valori nella carta fondamentale non come contraddizioni irrisolvibili, ma come rapporti di tensione da comporre volta per volta secondo le circostanze, con ragioni non desumibili da un ordine prestabilito, ma argomentate *ex re ipsa* dai dati del caso da decidere» (L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1, 1996, 100).

⁸⁷ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 147.

Sono elementi che vertono su più livelli dell'esperienza ordinamentale, che s'intrecciano a doppio filo tanto con prospettive di legittimazione legate a un'unità da ricercare sul piano dell'assiologia e della normatività costituzionale quanto con prospettive riconducibili al già richiamato guardare agli specifici risultati generati dall'azione della Corte. Com'è ovvio, anche la tutela dei diritti fondamentali non è assente da un simile tentativo di offrire una spiegazione, ma va collocata in un contesto decisamente più complesso, in cui viene affiancata da istanze altre.

Lo scarto col passato, però è evidente proprio nella misura in cui si assiste a uno spostamento dell'asse della legittimazione; spostamento che all'epoca andava nella direzione della «razionalità rispetto allo scopo», sì, ma in un contesto del tutto differente da quello attuale. Un contesto che si colloca al culmine di un arco storico in cui, in poco più di cinquant'anni, si è passati «da una politica superba anche se consapevole e da una giurisdizione deferente, a una politica inconsapevole e a una giurisdizione a tratti aggressiva, e invasiva della sfera politica»⁸⁸. Il che si è riflesso in alcune delle vicende giurisprudenziali analizzate: quando nuove istanze sociali che hanno un chiaro riflesso costituzionale – pensiamo al fine-vita, ma non soltanto – emergono con tutto il loro impeto nella dinamica ordinamentale in assenza di un intervento legislativo, accade che le domande di tutela che le stesse esprimono finiscano di fronte ai giudici e, in assenza di un tessuto legislativo adeguato a disciplinarle in conformità con la Costituzione, attraversano le porte di Palazzo della Consulta. E il punto non è tanto il fatto che il legislativo non si pronunci su simili questioni *prima* che queste istanze giungano di fronte ai giudici o alla Corte costituzionale, ma il fatto che non si sia pronunciato neppure in termini di re-azione *dopo* interventi marcatamente incisivi della stessa Corte: questo, in qualche modo, dà una legittimazione ulteriore all'organo di garanzia; una legittimazione che magari guarderà ancora – necessariamente, vista la mancanza di tendenze chiare e consolidate dell'evoluzione ordinamentale – alla «razionalità rispetto allo scopo», e che tuttavia, pur facendolo, assume forme che ancora negli anni Ottanta sarebbero state impensabili.

Lo stesso ponte che abbiamo provato a individuare tra i sintomi di una ridefinizione della discrezionalità legislativa penale e gli indirizzi in cui questa viene assai significativamente conservata se non proprio esaltata, e cioè la necessità di assicurare un equilibrio funzionale, tendenziale e dinamico fra giudici e legislatore, sembrerebbe dirci che in fondo anche i recenti assestamenti giurisprudenziali in materia penale vanno collocati in un contesto di più generale riassetto dei rapporti fra diritti e poteri, fra carte e corti, fra norme e ordinamenti. Con una specificità: rispetto ad altre aree dell'esperienza giuridica, il venir meno del tratto storicamente 'privilegiato' della discrezionalità legislativa penale ci dice anche qualcosa in più. Un qualcosa in più riflesso nel fatto che la caduta di questo carattere di privilegio non restituisce l'immagine di un dover essere violato da parte della Corte, ma sembra piuttosto dire che, *in materia penale, l'espansione della normatività costituzionale* – implicata dalle ragioni di contesto tratteggiate e dalle linee giurisprudenziali analizzate – *non si arresta più di fronte ad autolimitazioni dell'organo di garanzia nell'esercizio della sua funzione che, condivisibili o meno*

⁸⁸ C. PINELLI, *Intervento su 'Giudici e legislatori'*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 487.

che fossero, sottraevano un'ampia area della legislazione, dove la compressione dei diritti fondamentali è massima, a un giudizio di legittimità. La giurisprudenza recente in materia penale, allora, più che la storia di una clamorosa riduzione della discrezionalità legislativa – che abbiamo dimostrato invece rimanere incontrovertibilmente ampia – racconta la storia di un ritardo: quello del dispiegarsi della normatività costituzionale in aree dove troppo a lungo ha faticato ad affermarsi.

Con una precisazione. Le recenti ridefinizioni dell'interpretazione di alcune disposizioni costituzionali da cui la Corte ha tratto parametri di giudizio più pregnanti – e.g.: la proporzione sanzionatoria ex artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., o il divieto di retroattività ex art. 25, secondo comma, esteso a certe condizioni all'esecuzione penale – assieme al superamento delle rime obbligate e ad altre significative novità non implica, come detto, la violazione di un dover essere. O meglio: è evidente che alla luce delle pregresse linee interpretative molte cose del nuovo corso sarebbero considerate non riconducibili – appunto – a quello che era il dover essere degli anni passati. E tuttavia, il diritto non è stasi, e i nuovi orientamenti sono legittimati, prima ancora che dai fini verso cui tendono, dai risultati ermeneutici prodotti da diverse interpretazioni date dalla Corte costituzionale a determinate disposizioni della Carta del 1947. Interpretazioni che saranno talvolta condivisibili⁸⁹, talvolta meno⁹⁰, ma che alla luce di quanto emerso dalle pagine di questo studio è assai dubbio le si possa ritenere al di là della logica del probabile.

Una simile conclusione segnala un approccio della Corte costituzionale che si potrebbe forse arrivare a definire costruttivista⁹¹: «We are under a Constitution, but

⁸⁹ Pensiamo ad esempio al parametro della proporzione sanzionatoria orientata dal rapporto fra compressione dei diritti determinata dalle pene e gravità del fatto: in questo caso, con uno sguardo retrospettivo si potrebbe piuttosto rimanere sorpresi del fatto che in passato un simile dover essere non mai stato esplicitato con una simile chiarezza sul piano della sua specifica capacità di esprimere normatività rispetto al tessuto legislativo. In quest'ottica, la questione del superamento delle rime obbligate – spesso sovrapposta a quella dell'elaborazione di questo parametro nei termini in cui la Corte gli ha restituito di recente la a nostro avviso opportunità capacità di assurgere a vincolo per la legislazione – si colloca come abbiamo più volte evidenziato su piano ulteriore, logicamente differente: l'impropria sovrapposizione è piuttosto dovuta al fatto che invece i giudizi sulla legittimità delle pene alla luce del principio di eguaglianza, alla luce della necessaria individuazione di un preciso *tertium comparationis* in fase di valutazione della legittimità della norma, consentivano poi alla Corte costituzionale di schermarsi nella parte ricostruttiva dei propri accoglimenti con manipolazione dietro a letture molto più imbrigliate, che in qualche modo finivano – in apparenza – per attenuare la latitudine valutativa e dunque la sua responsabilità nella scelta.

⁹⁰ Rimane ad esempio non chiarissimo quali siano i presupposti per individuare quelle norme afferenti al diritto dell'esecuzione penale che «incidano direttamente sulla qualità e quantità della pena in concreto applicabile al condannato» (sentenza n. 32 del 2020) riconducibili al campo applicativo del divieto di retroattività delle norme penali.

⁹¹ Siamo consapevoli delle notevoli difficoltà che trascorrono i tentativi definitivi del termine 'costruttivismo'. Termine che però accomuna tutta una serie di teorizzazioni epistemologiche le quali comunque «si contrappongono a forme ingenue di empirismo e a forme platoniche o naturalistiche di realismo in epistemologia, in psicologia, nelle scienze sociali, in etica e nel dibattito intorno ai fondamenti della matematica», e in cui all'idea che le «caratteristiche della conoscenza» considerate autentiche «scoperte» a prescindere dal soggetto conoscente si sostituisce quella per cui queste caratteristiche sono invece il risultato di un'attività «in cui il ruolo costruttivo è giocato ora

the Constitution is what the judges say it is», secondo una vecchia massima di Charles Evans Hughes⁹².

Invero, l'importanza dell'azione dei giudici nei processi nomopoietici è indiscutibile, e così quella dell'azione di organi come la Corte costituzionale, che dei giudici riprende il metodo. Eppure, una doverosa contestualizzazione di questo rinvio di senso dovrebbe dirci che «in democrazia nessuno, nemmeno la Corte costituzionale, è investito del compito di stabilire una volta per tutte il significato della costituzione», e ricordarci che «anche l'organo titolare dell'ultima parola è parte di un processo interpretativo sempre aperto»⁹³. Il che, oltre a non essere affatto indifferente rispetto al discorso intorno alla legittimazione dell'organo, aiuta a spiegare «perché il diritto per principi» che tanto connota l'attuale esperienza ordinamentale e «che sarebbe impensabile in presenza di canoni predeterminati di interpretazione, non potrebbe d'altra parte svilupparsi all'ombra di un tempio popolato da sommi sacerdoti»⁹⁴. In una parola: non esiste alcun monopolio sull'interpretazione costituzionale – salvo quando questa s'inverna in decisioni interpretative di accoglimento dei giudici di Palazzo della Consulta, ma solo sul piano dell'efficacia giuridica – e comunque anche l'interpretazione costituzionale è sottoposta a limiti: elementi con cui la Corte costituzionale deve necessariamente fare i conti. «Spesso i testi dicono più di quello che i loro autori intendevano dire», insegnava un illustre semiologo, «ma meno di quello che molti lettori incontinenti vorrebbero che dicessero»⁹⁵. E tutto questo non può non implicare, sempre sul piano

dalla mente (o anche dal cervello), ora dalla società (o da specifiche forme di potere istituzionale), ora dal linguaggio» (G. FORNERO, *Costruttivismo*, in N. Abbagnano (a cura di), *Dizionario di filosofia*, III ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino, 2019, 240). Parliamo di 'approccio costruttivista' nel descrivere ciò che la Corte costituzionale riesce a fare – e fa – in particolare attraverso le sentenze manipolative, soprattutto sul piano dell'individuazione dei rimedi di fronte alla violazione dei diritti fondamentali, perché si tratta di un approccio che contiene l'elemento comune a varie forme di costruttivismo, oltretutto il produrre un «risultato intellettuale... mediante l'uso di una determinata procedura», il quale però «non può essere valutato se non in relazione alla procedura impiegata, e dunque evitando di far leva su di una sorta di "corrispondenza" con uno standard o, comunque, con un elemento indipendente dalla procedura stessa» (V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999, 59): il che sembrerebbe, né più né meno, esattamente la logica sottesa al canone delle rime possibili. In relazione alla teoria del diritto, un tentativo di elaborare un «costruttivismo post-positivistico» nel dichiarato intento «di sostituire all'epistemologia della descrizione» sottesa al positivismo giuridico «l'epistemologia della costruzione» è stato compiuto, attraverso vari lavori, da Vittorio Villa (si veda per questa dichiarazione d'intenti *op. ult. cit.*, 4) il quale non ha ovviamente mancato di raccogliere critiche da giuristi che proprio al positivismo continuano a far riferimento (si veda L. FERRAJOLI, *Il costruttivismo epistemologico di Vittorio Villa*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2, 2017, 249 ss.).

⁹² C.E. HUGHES, *Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907*, in Id., *Addresses and Papers*, New York-London, 1908, 139. Ricordiamo che al tempo del discorso citato Hughes era ancora governatore dello stato di New York (avrebbe preso servizio come magistrato della Supreme Court degli Stati Uniti soltanto nel 1910).

⁹³ C. PINELLI, *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in *Sociologia*, 3, 2010, 143.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, ed. riveduta, Milano, 2016, 142 s. In questo senso, si può vedere l'interpretazione 'letterale' come un'«interpretazione che è logicamente priore» anche se «non, per forza, assiologicamente poizore rispetto ad altri canoni ermeneutici, tranne quando non si tratti di proteggere i confini semantico-assiologici della disposizione stessa» (A. LONGO, *L'immobile freccia. Confutazioni e refutazioni in merito alla distinzione tra disposizione e norma*,

della legittimazione dell'organo, la massima attenzione agli itinerari argomentativo-interpretativi che conducono la Corte a certi risultati piuttosto che ad altri, mantenendo ferma l'individuazione dei *significati* nel campo del plausibile. D'altro canto, all'azione della Corte si legano pure istanze di certezza del diritto, intesa come prevedibilità⁹⁶ delle decisioni giuridiche: una prevedibilità che sarebbe ovviamente assurdo intendere come prevedibilità di «una scelta di comportamento», dell'«atto del decidere», e che va piuttosto intesa come prevedibilità dell'emersione di «un significato», in una prospettiva di 'certezza' che è funzione «dell'esistenza, e del rispetto da parte dell'organo decidente e di altri organi, delle regole alla cui stregua si valutano come corrette o come scorrette delle decisioni»⁹⁷. E una volta consolidatisi i nuovi indirizzi, le più recenti linee giurisprudenziali in materia penale – al netto di alcuni passaggi marcatamente opinabili che hanno comunque rappresentato rade eccezioni – rispondono ampiamente alla logica del probabile, e tanto basta per conservare almeno sotto il punto di vista delle critiche alla sua ermeneutica gran parte della legittimazione di un organo che parla – anzitutto⁹⁸ – attraverso le proprie sentenze.

Allargando lo sguardo, in questi a tratti drammatici, a tratti addirittura entusiasmanti itinerari giurisprudenziali – anche e forse con più evidenza in materia penale, dove un certo qual 'conservatorismo' verso la legislazione sembrava ormai un dogma indiscusso – accade allora che «nella saldatura tra l'ottica offerta dallo spazio interpretativo (che guarda al precetto come risultato di un processo valutativo mediato dal concreto modularsi dell'esperienza sociale) e quella che discende dalla filosofia del postmoderno (che tende a svincolare il precetto da una definita fonte di enunciazione raccordandolo ai risultati concretamente conseguiti)» si assiste a

in F. Modugno e Id., *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, 2021, 31 s.).

⁹⁶ Osserva G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, 50 s. che «il concetto normativo che sta alla base delle varie concezioni normative della certezza del diritto», si tradurrebbe «nella generica prescrizione che guida il comportamento dei suoi destinatari verso la realizzazione di una situazione di fatto in cui è più (o meno) diffusa ed estesa la prevedibilità giuridica».

⁹⁷ Così L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 276 s., la quale, riferendosi alla prima lettura della certezza giuridica intesa come prevedibilità delle scelte comportamentali, osservava che «poter prevedere le decisioni giuridiche sarebbe tanto bello (e tanto ovvia sarebbe la delusione susseguente ad una previsione smentita) quanto lo sarebbe poter prevedere l'inizio o la fine di una guerra, il corso dei cambi, l'andamento della produzione, il tempo di domani o il numero fortunato di una lotteria». Una certezza del diritto che intesa in questo senso «è, fuor di dubbio, un mito; è, se si vuole, il desiderio infantilmente ingenuo di chi non accetta d'essere condizionato da ciò su cui non è nel suo potere incidere, e dunque si duole d'essere nel mondo, e nel tempo».

⁹⁸ È del resto notoriamente discussa la progressiva apertura della Corte costituzionale, a partire dalla presidenza Grossi, a una comunicazione più incisiva. Dai viaggi documentati dei giudici costituzionali nelle scuole e nelle carceri ai sempre più utilizzati comunicati stampa che sintetizzano le sentenze più importanti, passando per la pubblicazione di podcast divulgativi – per individuare solo alcuni degli elementi caratterizzanti il nuovo corso comunicativo – dire che la Corte costituzionale parla *soltanto* attraverso le proprie sentenze potrebbe in effetti apparire oggi un po' forzato. Un periodo, quello della progressiva apertura – non soltanto comunicativa – dei giudici di Palazzo della Consulta alla società, di recente raccontato anche nel volume di G. AMATO e D. STASIO, *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Milano, 2024.

un mutamento che investe il «ruolo» stesso della Corte: «non più semplicemente intesa come “giudice delle leggi”, chiamato a mettere in relazione enunciati, ma come “*giudice dell’esperienza giuridica*”, investito del ruolo cruciale di cogliere il punto di saldatura (e, a ben vedere, di sintesi) tra regole poste e comportamenti attuati, tra prassi e criteri di valore, tra storia e futuro»⁹⁹. Una prospettiva che sposta lo stesso discorso intorno al suo essere l’organo più ‘giudice delle leggi’ o più ‘giudice dei diritti’ su un piano ancora diverso, complesso e profondo, dischiudendo interrogativi che, pur non slegati, vanno ben oltre i più umili intenti di questo studio.

5. Flussi e riflussi del diritto costituzionale penale.

È probabile che la mancanza di una risposta chiara e univoca alla giustificazione costituzionale dei mutamenti intercorsi nella giurisprudenza di Palazzo della Consulta, con tanto di ridefinizione di vari profili della discrezionalità legislativa, lasci un certo qual senso – per così dire – d’inappagamento scientifico. Certo il cambiamento era tale da lasciare intendere che dietro di esso potesse intravedersi la sagoma della sua causa determinante: una causa generale e appagante. Un po’ come la giustificazione data dalla Corte costituzionale, che la individua nella ‘rassicurante’ finalità di tutela dei diritti fondamentali. Il che in buona parte risponde senz’altro al vero. E tuttavia, lo si è visto, le cose sono più complesse di così. Al punto che forse si può più facilmente evidenziare cosa il cambiamento degli ultimi anni *non* è.

E non è, anzitutto, un ritorno a Bricola, o a una teorica post-bricoliana forte in cui la Costituzione ha una capacità conformante sulla legislazione su un piano addirittura fondante. Per lo meno, non nei termini in cui la tesi del bene giuridico costituzionale era stata pensata. Basti pensare anche solo all’«ordinata gestione dei flussi migratori», che è definita «bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata» (sentenza n. 250 del 2010). Ma è solo un esempio. La legislazione penale è notoriamente costellata di reati che è ben dubbio rispondano a una prospettiva dogmatica così stringente. E dunque non è un ritorno a Bricola, perché c’è senz’altro una riduzione di discrezionalità ma su profili della legislazione del tutto diversi da quelli a cui faceva riferimento nucleo il duro dell’impianto scientifico del Maestro di Bologna, che evidentemente pensava anzitutto – sebbene non soltanto – a una conformazione del potere legislativo rispetto alla costruzione delle fattispecie.

Ma non è neppure un ritorno alla giurisprudenza Dell’Andro, quella degli anni d’oro. E non lo è perché, come si è detto, tutte le suggestioni che la sentenza sull’art. 5 cod. pen. lasciava intravedere sono poi a poco a poco sbiadite in una trasformazione incompiuta.

Non è neanche una giurisprudenza totalmente incentrata sulla tutela dei diritti, non

⁹⁹ N. LIPARI, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 1051, enfasi nostra.

soltanto perché talvolta hanno contato molto di più la necessità di reagire all'isolamento della Corte costituzionale o le istanze di apertura ad ordinamenti altri, ma anche e soprattutto perché i diritti fondamentali sono bilanciabili e dunque l'ipotesi finisce per reggersi su un terreno dall'altissima relatività, che rende opinabili i tentativi di riconduzione del tutto a un'unità di questo tipo.

Infine, non è nei suoi presupposti teorici di base una giurisprudenza del tutto nuova, perché in materia penale, anche in passato, interpretazioni costituzionali si sono sedimentate decennio dopo decennio rimpiazzando le precedenti e ridefinendo progressivamente la discrezionalità, sebbene sia indubitabile che, per converso, profili diversi quali l'ampliamento delle possibilità d'intervento della Corte e l'apertura sempre più marcata al diritto internazionale e dell'Unione europea restituiscano in fondo qualcosa di autenticamente nuovo.

Questa giurisprudenza sembra in definitiva esprimere i frutti di una serie di sommovimenti storici che hanno portato la Corte costituzionale a rivedere interpretazioni consolidate, traendo nuova linfa in termini di significati e dal testo costituzionale e dalle altre disposizioni poste alla base del suo funzionamento anche – e forse soprattutto – alla luce dei mutamenti di contesto. Chiaramente, evoluzioni in ordine ai significati ascritti alle disposizioni implicano una ridefinizione dell'inveramento costituzionale e dell'esperienza ordinamentale in termini più generali, impattando anche sulla certezza del diritto, la quale può essere poi recuperata soltanto sul terreno della coerenza interna di questo nuovo corso.

Una coerenza che nel complesso sembrerebbe però sussistere, al netto di alcuni casi più problematici di cui abbiamo detto. Tant'è che i giudici si sono subito adattati, prospettando questioni nelle cui ordinanze di rimessione sono emersi sempre più spesso i *topoi* argomentativi spesi dalla Corte costituzionale nei suoi più immediati precedenti. Più interlocutoria la posizione del legislativo, che però non reagendo neppure di fronte ai clamorosi casi d'incostituzionalità prospettata – a parte quello dell'ergastolo ostativo, in cui una risposta è arrivata, sebbene in ritardo – legislativo che finisce sostanzialmente per legittimare una giurisprudenza che non si può certo accusare di non prestare attenzione ai suoi spazi d'intervento: il continuo ricorso a moniti, la cedevolezza del giudicato nei casi di manipolazione a rime possibili e la stessa tecnica dell'incostituzionalità prospettata non fanno che confermarlo.

Alla luce di questi assestamenti, è però indiscutibile che della discrezionalità legislativa in materia penale rimangano ancora amplissimi spazi, dalla costruzione delle fattispecie in poi.

Quest'inedita attenzione prestata dalla Corte al nesso tra sanzione e fatto commesso potrebbe forse mettere in discussione la stessa idea dei reati come *mala quia prohibita*, e ci sembra implichi un'oscillazione nella considerazione dei crimini molto più vicina all'idea dei *mala in se*, e in un certo senso ciò finisce necessariamente per offrire il destro a una visione più marcatamente retributivista della sanzione penale. Ma è una 'concessione' che, *se pure agevola l'implementazione del valore della sicurezza sociale alla cui base le strutture normative d'impianto retributivista si pongono, finendo per legittimarle* – e sulle quali la legislazione non lesina – *finisce comunque per essere bilanciata collidendo con quello del rispetto della persona e dei diritti fondamentali che trova il suo inveramento nel finalismo rieducativo e in altre forme giuridiche, fra cui* – e questo

è un punto decisivo – *l'ampliamento delle possibilità di giustizia costituzionale*. Ma che le cose siano tanto più sfumate di quanto potesse apparire, è quasi paradossale. Specie se pensiamo al punto da dove la nostra analisi ha preso le mosse: quella «rinnovata sensibilità» in tema di tutela dei diritti fondamentali esplicitamente richiamata nella relazione Lattanzi sull'attività della Corte nel 2018 e nella relazione Cartabia dell'anno successivo. Un punto, quello della riconsiderazione del reato che sembrerebbe emergere dalla giurisprudenza costituzionale, che meriterebbe ben altro approfondimento e che però, nel suo stesso emergere, restituisce l'immagine – questa sì, chiarissima – di una giurisprudenza che, al netto delle dichiarazioni di principio, è infine costretta a misurarsi con la realtà.

Una Corte costituzionale chiamata in fondo a misurarsi con la politica e la giustizia in un campo in cui la Costituzione ascrive alla prima una chiara preferenza e alla seconda un'ampia latitudine valutativa. Una Corte chiamata dunque a reagire ai sussulti di un'esperienza giuridica che alla logica del bianco o nero, del vero o falso, delle risposte chiare e univoche, lascia da sempre ben poco spazio. Ed è proprio in questo spazio di complessità che la Corte è costretta, purtroppo o per fortuna, a muoversi.

Bibliografia essenziale.

- AA.VV., *Renato Dell'Andro*, Archivio storico della Camera dei deputati, Roma, 2010 consultabile in https://archivio.camera.it/resources/pu01/allegati/dell_andro.pdf.
- AGRÒ A.S., Art. 3. I. Il principio di eguaglianza formale, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975.
- AGRÒ A.S., *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967.
- AIMI A., *Alla Corte costituzionale un'inedita questione in tema di proporzionalità della "pena naturale" nell'omicidio colposo realizzato ai danni di un prossimo congiunto*, in *Sist. pen.*, 4, 2023.
- AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2010.
- ALCHOURRÓN C.E. e BULYGIN E., *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, 1987, tr. it. a cura di P. Chiassoni e G.B. Ratti, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005.
- ALESSANDRI A., *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 5, 2014.
- ALEX Y., *Proportionality and Rationality*, in V.C. Jackson e M. Tushnet (a cura di), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017.
- ALLEGREZZA S., Art. 4 Protocollo VII della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012.
- ALLEN A., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2014.
- AMALFITANO C., *Rapporti di forza tra corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Leg. pen.*, 4 febbraio 2019.
- AMARELLI G., *Proporzionalità della pena e sanzioni amministrative-punitive: l'opinabile declaratoria di incostituzionalità a 'versis sciolti' della cornice edittale degli atti indecenti ex art. 726 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2022.
- AMATO G. e STASIO D., *Storie di diritti e di democrazia. La Corte costituzionale nella società*, Milano, 2024.
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.
- AMATO G., *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966.
- ANGIOLINI G., *Ne bis in idem: una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. che invoca un intervento legislativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, X ed. aggiornata e

- integrata da L. Conti, Milano, 1987.
- ANZON DEMMIG A., *Un nuovo tipo di decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”*, in *Giur. cost.*, 2018.
- APOSTOLI A., *Principi costituzionali e scelte di fine vita*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 1, 2021.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea* (ed. Milano, 2000).
- AZZARITI G. sr., *La mancata attuazione della Costituzione e l’opera della magistratura*, in *Foro it.*, IV, 1956.
- AZZARITI G., *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005.
- AZZARITI G., *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010.
- BAILO F., *Il bis in idem e la difficile definizione della nozione di «sanzione» tra Corte Edu, CGUE e Corte costituzionale*, in *DPCE*, 4, 2019.
- BAILO F., *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012.
- BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991.
- BALDUZZI R. e SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989.
- BARAK A. e FRIED C., *The Supreme Court, 2001 Term*, in *Harvard Law Review*, 1, 2002.
- BARBERA A., *I principî costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.
- BARBERIS M., *Ma il Parlamento non sarà l’ultimo posto al mondo dove fare una legge sul fine-vita?*, in G. D’Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973.
- BARILE P., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994.
- BARTOLE S., *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza: il caso del diritto costituzionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 4, 2013.
- BARTOLI R., *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid. Considerazioni a margine di Corte cost., sent. 23 dicembre 2020, n. 278*, in *Sist. pen.*, 8 febbraio 2021.
- BARTOLI R., *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018.
- BARTOLI R., *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019.
- BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato “intrinseco” sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2019.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), introduzione di R. Rampioni, ed. integrale, Roma, 2012.
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012.

- BERNARDI A., *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in Id. e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- BETTI E., *Dovere giuridico (cenni storici e teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1971.
- BETTI E., *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), rist. in *Riv. it. sc. giur.*, 5, 2014.
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *Leggi incostituzionali, decreti-legge non convertiti e successione di leggi penali*, in *Riv. pen.*, 1957.
- BICKEL A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, 1962.
- BIGNAMI M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 19 novembre 2018.
- BIGNAMI M., *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- BIN L., *Anatomia del ne bis in idem: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3, 2020.
- BIN L., *Ne bis in idem europeo vs. controllo di razionalità interno di un doppio binario sanzionatorio*, in *Giur. cost.*, 2022.
- BIN L., *Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei «promessi contro-limiti»*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988.
- BIN R., *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Riv. AIC*, 4, 2018.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- BIN R., *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 2, 2019.
- BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre e A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.
- BIN R., *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019.
- BINDI E., *Corte costituzionale e doppio binario sanzionatorio (riflessioni a margine della sent. n. 102 del 2016)*, in *Le Società*, 10, 2016.
- BINDI E., *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 17, 2018.
- BINDI E., *L'incidenza delle pronunce della Corte EDU sui procedimenti sanzionatori delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2014.
- BINDI E., *La delimitazione dei confini del ne bis in idem: dall'automatismo alla discrezionalità del giudice*, in *Consulta OnLine – Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 13 gennaio 2020.

- BISSARO S., *Corte costituzionale e “materia penale”. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Milano, 2022.
- BOBBIO N., *Teoria dell’ordinamento giuridico*, Torino, 1960.
- BONINI M., *From Separation of Powers to Superiority of Rights: the Italian Constitutional Court and End-of-life decisions (the Cappato Case)*, in M. Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law. Jurisdictionalization of Politics and Politicization of the Judiciary*, London-New York, 2020.
- BONOMI A., *Costituzione e divieto di analogia in materia penale*, Bari, 2023.
- BONOMI A., *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 del 2020)*, in *Oss. cost.*, 2, 2021.
- BONOMI A., *La discrezionalità assoluta del legislatore nel prescegliere l’“oggetto” di tutela penale: un teorema da rivedere nel suo “impianto concettuale” e nei suoi “risvolti processuali”*, in E. D’Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009.
- BOZZI L., *La Corte costituzionale sul “caso Cappato”: bilanciamenti cercati, equilibri trovati, interrogativi irrisolti*, in G. D’Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.
- BRANCA G., *Corte costituzionale: un anno di attività*, in *Foro it.*, 1, 1971.
- BRANCA M., *Norme penali di favore: dall’irrelevanza al rifiuto della sentenza-legge*, in *Giur. cost.*, 1981.
- BRAY C., *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019.
- BRICOLA F., *Art. 25, commi II e III*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili. Artt. 24-26*, Bologna-Roma, 1981.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Volume I. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, ora in Id., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, 2000.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *La quest. crim.*, 1980.
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in M. De Acutis e G. Palombarini (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. it.*, XIV, Torino, 1973.
- BRICOLA F., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984.
- BRUTI LIBERATI E., *L’Associazione dei magistrati italiani*, in Id. e L. Palamara (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano, 2010.
- CALABRESI G. e BOBBIT P., *Tragic Choices*, New York, 1978.
- CALAMANDREI P., *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1956.
- CALAMANDREI P., *L’ostruzionismo di maggioranza*, in *Il Ponte*, I, 1953.

- CALAMANDREI P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.
- CALVANO R., *Taricco. Un finale di partita, in attesa della prossima*, in *Giur. cost.*, 2018.
- CANNIZZARO E., *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020.
- CAPONI R., *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in *Foro it.*, I, 2006.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.
- CAPPELLETTI M., *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968.
- CAPPELLETTI M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano, 1955.
- CAPRIOLI F. e VICOLI D., *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2009.
- CAPRIOLI F., *Sui rapporti tra ne bis in idem processuale e concorso formale di reati*, in *Giur. it.*, maggio 2010.
- CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020.
- CARBONI G., *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità. Lineamenti dogmatici e storico-costituzionali dell'articolo 650 del codice penale*, Milano, 1970.
- CARLASSARE L., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. Annali*, II, 2, Milano, 2008.
- CARLASSARE L., *Fonti del diritto, rottura delle regole, indebolimento della democrazia*, in AA.VV., *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 10. Seminario 1999*, Torino, 1999.
- CARLASSARE L., *La Costituzione, la libertà, la vita*, in Astrid-online, *Relazione presentata al Seminario di Astrid Il potere, le regole, i controlli: la Costituzione e la vicenda Englaro*, Roma, 5 marzo 2009.
- CARLASSARE L., *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 7/8, 1986.
- CARLASSARE L., *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990.
- CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- CARLASSARE L., *Un inquietante esempio di "inammissibilità" a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981.
- CARNELUTTI F., *La lotta del diritto contro il male*, in *Foro it.*, IV, 1944-1946.
- CARNEVALE P., *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2023.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, VIII ed., Firenze, 1897.
- CARTABIA M., *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1, 2015.
- CARTABIA M., *Edipo Re*, in Id. e L. Violante, *Giustizia e mito. Con Edipo, Antigone e Creonte*, Bologna, 2018.
- CARTABIA M., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007.
- CASONATO C., *Il Principio di autodeterminazione. Una modellistica per inizio e*

- fine vita*, in *Oss. cost.*, 1, 2022.
- CASSESE A., Art. 11, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975.
- CASSESE S., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.
- CASSESE S., *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012.
- CELOTTO A., *Ritorno al passato sui controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2018.
- CELOTTO A., *Suicidio assistito e ruolo della Corte costituzionale nella forma di governo*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.
- CELOTTO A., *Un rinvio pregiudiziale verso il dialogo o per il monologo?*, in *Giur. cost.*, 2017.
- CELOTTO, *Iper-retroattività e diritto vivente Cedu*, in *Giur. cost.*, 2021.
- CERRI A., *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019.
- CERRI A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976.
- CHELI E., *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone* in *Quad. cost.*, 4, 2019.
- CHELI E., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, II ed., Bologna, 1999.
- CHELI E., *Introduzione*, in P. Barile, Id. e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- CHELI E., *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2008.
- CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002.
- CHIAPPETTA M.G., *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in F. Della Casa e G. Giostra (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020.
- CHIARAVAGLIO P., *Passato, presente e (possibile) futuro delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta*, in *Leg. pen.*, 23 giugno 2020.
- CHIASSONI P., *Tecnica dell'argomentazione giuridica*, Bologna, 2007.
- CHINNICI D., *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen.*, 1, 2015.
- CHIRULLI P., *La sanzione penale ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009.
- CONSULICH F., *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. e proc.*, 7, 2018.
- CONSULICH F., *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019.
- CONSULICH F., *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. e proc.*, 4, 2019.
- CONTI R., *Gerarchia fra Corte di giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le carte dei*

- diritti dopo la sentenza Åklagaren (Corte giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10), in *Diritti comparati*, 6 marzo 2013.
- COPPETTA M.G., *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 5, 1997
- CORDERO F., *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006.
- COSTANZO P. e TRUCCO L., *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Consulta OnLine*, III, 2015.
- CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964.
- CRISAFULLI V., *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, 1974.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano*, V ed., Padova, 1984.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941.
- CRISAFULLI V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941.
- CRISAFULLI V., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956.
- CUPELLI C., *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Cass. pen.*, 2, 2019.
- CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016.
- CUPELLI C., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.
- CUPELLI C., *La posta è in gioco. Il caso Taricco nel dialogo tra le Corti*, in A. Bernardi e Id. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- CUPELLI C., *La sospensione della prescrizione, tra regole dell'emergenza e principi costituzionali: i chiaroscuri della sentenza n. 278 del 2020*, in *Giur. cost.*, 2020.
- D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014.
- D'ALESSANDRO G., *La Corte costituzionale e lo "strano caso" della decisione in due tempi della vicenda "Cappato-Antoniani" sull'aiuto al suicidio*, in Id. e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.
- D'ALOIA A., *Dal rifiuto di cure al suicidio medicalmente assistito. Riflessioni sulla 'svolta' della Corte costituzionale*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.
- D'AMICO M., *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in R. Bin et al. (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti*

- costituzionale e di giustizia. Atti del Seminario, Ferrara, 6 maggio 2005, Torino, 2005.
- D'AMICO M., *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, nuova ed. aggiornata, Milano, 2016.
- D'AMICO M., *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 Oss. cost., 1, 2020.
- D'AMICO M., *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in Giur. cost., 2006.
- D'AMICO M., *La legalità penale europea*, in Rass. parl., IV, 2004.
- D'AMICO M., *Le fonti del diritto tra ieri e oggi: il pensiero di Lorenza Carlassare*, in Riv. AIC, 1, 2024.
- D'AMICO M., *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- D'AMICO M., *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in Riv. dir. cost., 2000.
- D'AMICO M., *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*, in Giur. it., IV, 1990.
- D'AMICO M., *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la «Divinità»*, in Giur. cost., 1995.
- D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.
- DAL CANTO F., *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002.
- DE AMICIS G., *Il caso Taricco e le Corti nel prisma dei controllimiti: dialogo o supremazia?*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- DE AMICIS G., *Ne bis in idem e "doppio binario" sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza "Grande Stevens" nell'ordinamento italiano*, in Dir. pen. cont., 3-4, 2014.
- DE ANGELIS L., *La Corte costituzionale si pronuncia sulla legittimità della libertà vigilata applicata a seguito della concessione della liberazione condizionale: una pronuncia che fa chiarezza ma che lascia ancora qualche nodo da sciogliere*, in Arch. pen., 2023.
- DE FRANCESCO G., *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in Leg. pen., 24 luglio 2015.
- DELLA CASA F. e GIOSTRA G., *La cornice costituzionale e sovranazionale*, in Id. (a cura di), *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2020.
- DELLA VALENTINA J., *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection. Osservazioni a margine di Corte Cost., sent. n. 149/2022*, in Sist. pen., 24 novembre 2022.
- DELMAS-MARTY M., *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1987.
- DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in Diritto e Storia, 11, 2013.

- DI CHIARA G., *Le pietre e l'arco. Ne bis in idem, mappatura delle funzioni e sfida della complessità: uno sguardo introduttivo*, in A. Mangiaracina (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021.
- DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969.
- DI MARTINO A., *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in Riv. Gr. Pisa, 2, 2016.
- DI MARTINO ALB., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in Dir. imm. citt., 1, 2014.
- DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.
- DOLCINI E., *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in Dir. pen. cont., 7, 2018.
- DOLCINI E., *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2, 2019.
- DONINI M., *Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto a morire. L'opzione "non penalistica" della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile*, in Giur. cost., 2018.
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al nemico*, in Cass. pen., 2006.
- DONINI M., *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria. Aspetti problematici del rapporto tra sanzioni penali e amministrative*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1-2, 2023.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in Dir. pen. cont., 4, 2013.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in Dir. pen. cont., 2, 2012.
- DONINI M., *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in Riv. it. med. leg., 2, 2016.
- DONINI M., *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 3, 2018.
- DONINI M., *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 3, 2018.
- DONINI M., *La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola*, in Lo Stato, 2022.
- DONINI M., *Le antinomie di una doppia difforme: C. cost. nn. 140/2021 e 278/2020*, in Giur. cost., 2021.
- DONINI M., *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, in Dir. pen. cont., 3 aprile 2018.
- DONINI M., *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso*

- Cappato-Antoniani, Torino, 2020.
- DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2, 2001.
- DONINI M., *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali. La legittimazione costituzionale di una sentenza manipolativo-additiva al limite*, in *disCrimen*, 31 luglio 2023.
- DONINI M., *Septies in idem. Dalla "materia penale" alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in Id. e L. Foffani (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018.
- DONINI M., *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. pen.*, IV ed., Torino 1999.
- ECO U., *I limiti dell'interpretazione*, ed. riveduta, Milano, 2016.
- ELIA L., *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura in materia di garanzie difensive nell'istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965.
- ELIA L., *Il potere creativo delle corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica, stile*, Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Padova, 1988.
- ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964.
- ELIA L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, in *Scritti su la giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985.
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962.
- EMANUELE P.P., *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009.
- EMMERIK M. VAN, *Procedural Rights*, in J. Gerards (a cura di), *Fundamental Rights. The European and International Dimension*, Cambridge, 2023.
- ESCOBAR VEAS J.I., *Ne bis in idem and Multiple Sanctioning Systems. A Case Law Study of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU*, Cham, 2023.
- ESPOSITO C., *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, in *Giur. cost.*, 1961.
- ESPOSITO C., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954.
- ESPOSITO C., *La validità delle leggi. Studio sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale*, Padova, 1934.
- ESPOSITO C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963.
- ESPOSITO M., *Brevissime considerazioni critiche sulle "direttive" formulate dalla Corte costituzionale per la modifica dell'art. 580 c.p.*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.
- ESPOSITO M., *Il potere deliberativo della Corte costituzionale sulle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2017.

- EUSEBI L., *Diritto a vivere, suicidio, eutanasia*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2020.
- EUSEBI L., *Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2018.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965.
- FALZONE V., PALERMO F. e COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Roma, 1948.
- FEMIA P., *Dinanzi al dolore della parte. Il dovere costituzionale di fare regole con sentenze*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VII ed., Roma-Bari, 2002.
- FERRAJOLI L., *Il costruttivismo epistemologico di Vittorio Villa*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2, 2017.
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921.
- FERRUA P., *Il giusto processo*, II ed., Bologna, 2007.
- FERRUA P., *La sentenza costituzionale sul caso Eternit. Il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 1, 2017.
- FIANDACA G., *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in G. D'Alessandro e O. Di Giovine (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Torino, 2020.
- FIANDACA G., *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in M. Cartabia e T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano – Bicocca, 15-16 maggio 2008, Milano, 2009.
- FIANO N., *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019.
- FIORAVANTI M., *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2016, 22, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it>.
- FIORAVANTI M., *Le due trasformazioni costituzionali dell'Italia repubblicana*, relazione tenuta presso l'Accademia nazionale dei Lincei, 9 gennaio 2008, in *ASTRID*, 2008.
- IORELLA A., *L'efficacia retroattiva della lex mitior sull'estensione dell'amnistia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980.
- IORENTIN F., *Il caso Viola n. 2. L'ergastolo ostativo e la tutela della dignità umana*, in AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020.
- FIORIO C., *Il "doppio binario" penitenziario*, in *Arch. pen.*, 1, 2018.
- FLICK G.M. e NAPOLEONI V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Riv. AIC*, 3, 2015.

- FLICK G.M. e NAPOLEONI V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in Riv. AIC, 3, 2014.
- FLICK G.M., *Carcere, violenza e “residui di libertà”*, in Riv. AIC, 1, 2024.
- FLICK G.M., *Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale*, in Cass. pen., 2021.
- FOIS S., *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, ora in Id., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010.
- FORNERO G., *Costruttivismo*, in N. Abbagnano (a cura di), *Dizionario di filosofia*, III ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino, 2019.
- FROWEIN J.A., *Art. 4 des 7. ZP*, in Id. e W. Peukert (a cura di), *Europäische MenschenRechtsKonvention. EMRK-Kommentar*, III ed., Kehl am Rhein, 2009.
- FURNO E., *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in Oss. cost., 1, 2020.
- GAETA G., *Dove non arriva il principio: il ne bis in idem tra sanzioni tributarie e politica giudiziaria delle Corti superiori*, in Arch. pen., 1, 2018.
- GAETA P., *Divieto di bis in idem ed evoluzione della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione*, in M. Catenacci, V.N. D’Ascola e R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, Roma, 2021.
- GAETA P., *Grande Stevens c. Italia: il «non detto» delle sentenze*, in Quad. cost., 3, 2014.
- GALANTINI N., *Il ‘fatto’ nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015.
- GALLARATI F., *Gli obblighi costituzionali di protezione: studio comparato sul lato “dimenticato” dei diritti fondamentali*, in Riv. AIC, 2, 2024.
- GALLIANI D. e PUGIOTTO A., *L’ergastolo ostativo non supera l’esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in Oss. cost., 4, 2019.
- GALLUCCIO A., *La sentenza della Consulta su pene fisse e ‘rime obbligate’: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in Dir. pen. cont., 10 dicembre 2018.
- GALLUCCIO A., *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in Dir. pen. cont., 3, 2018.
- GAMBARDELLA M., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013.
- GAMBARDELLA M., *Prevedibilità e sufficiente determinatezza della regola Taricco nel nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- GAMBARDELLA M., *Rapina impropria e proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in Giur. cost., 2020.
- GARGANI A., *L’estensione ‘selettiva’ del principio di irretroattività alle modifiche in pejus in materia di esecuzione della pena: profili problematici di una decisione ‘storica’*, in Giur. cost., 2020.
- GATTA G.L., *“Lockdown” della giustizia penale, sospensione della prescrizione*

- del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito, in *Sist. pen.*, 4 maggio 2020.
- GEMMA G., *Dignità ed eutanasia: non c'è antitesi. Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2016.
- GIACONA I., *I due ne bis in idem, sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *Sist. pen.*, 9, 2023.
- GIANFORMAGGIO L., *Certeza del diritto*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, II, Torino, 1988.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.
- GIOSTRA G., *Verso un'incostituzionalità prudentemente bilanciata? Spunti per una discussione*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, Atti del Seminario, Ferrara, 25 settembre 2020, consultabile in *Forum di Quad. cost.*
- GIUBILEI A., *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2019.
- GIUBILEI A., *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3, 2019.
- GIUNTA F., *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*, in *Giur. cost.*, 2018.
- GOISIS L., *La pena pecuniaria nella riforma Cartabia. Luci ed ombre*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Padova, 2023.
- GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.
- GRECO T., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.
- GROPPI T., *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, in *Forum di Quad. cost.*, 29 luglio 2003.
- GROSSO C.F., *Funzione rieducativa della pena e pene pecuniarie*, in *Studi urbinati*, 17, 1965.
- GROSSO C.F., *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019.
- GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951.
- GUASTINI R., *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Revus*, 14, 2010.
- HÄBERLE P., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, II ed., Berlin, 1982 (tr. it. di J. Luther, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*,

- Bari, 2011).
- HAMILTON A., *The Federalist Papers: No. 78 (1787-1788)*, ora in G.W. Carey e J. McClellan (eds.), *The Federalist*, Indianapolis, 2001.
- HARRIS D. et al., *The fourth, sixth, seventh, and thirteenth protocols*, in Id., M. O'Boyle e C. Warbrick (a cura di), *Law of the European Convention on Human Rights*, V ed., Oxford, 2023.
- HART H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 1968.
- HART H.L.A., *The Concept of Law* (1961), tr. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002.
- HESSE K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ristampa della XX ed., Heidelberg, 1999.
- HOBBS T., *Leviathan or the matter, forme & power of a Common-wealth ecclesiasticall and civill* (1651), tr. it. di R. Giammanco, *Il Leviatano*, I, Torino, 1955.
- HUGHES C.E., *Addresses and Papers*, New York-London, 1908.
- HUME D., *A Treatise of Human Nature. Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects* (1739-1740), Book III, Sect. I, Oxford, 1896, 469, consultabile in https://files.libertyfund.org/files/342/0213_Bk.pdf.
- INSOLERA G., *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in C. Paonessa e L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016.
- INSOLERA G., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale*, in A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Tomo III. La ragionevolezza nei vari settori del diritto*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, Roma, 2007.
- INSOLERA G., *Presentazione*, in G. Giostra e Id. (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale. Atti del Convegno*, Macerata, 28 e 29 gennaio 1997, Milano, 1998.
- IPPOLITO D., *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, nuova ed. aggiornata, Roma, 2021.
- IRTI N., *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)*, in Id., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
- IRTI N., *Per una teoria della norma giuridica* (1999), già in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, V ed., Roma-Bari, 2009, ora in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
- JACKSON V.C. e TUSHNET M., *Introduction*, in Id. (a cura di), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, 2017.
- JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, III ed., Berlin, 1914.
- KELSEN H., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, tr. it di E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. Luther, Milano, 2013.
- KELSEN H., *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien, 1926 (tr. it. di B. Flury, *Il problema del parlamentarismo*, in *Nuovi studi di diritto, economia e*

- politica, 2, 4, 1929.
- KELSEN H., *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, XXXV, 1928, 197 ss., tr. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), tr. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000.
- KELSEN H., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-31), tr. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di A. Geraci, Milano, 1981.
- KOSTORIS R.E., *Imputato infermo di mente e avviso di procedimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983.
- KOSTORIS R.E., *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2017.
- KOSTOVA M., *Ne/non bis in idem. Origine del "principio"*, in *Diritto e Storia*, 11, 2013.
- LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. cost.*, 2003.
- LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici comuni nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973.
- LEIBNIZ G.W., *Nouveaux essais sur l'entendement humain* (1765), tr. it. *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, a cura di D.O. Bianca, *Scritti filosofici*, II, 2, Torino, 1968.
- LEO G., *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.
- LEO G., *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto*, 2018, consultabile in <https://www.treccani.it>.
- LEONE S., *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2017.
- LEWIS C.I., *An Analysis of Knowledge and Valuation*, La Salle, 1946.
- LIBERALI B., *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?*, in *Dir. comp.*, 9 dicembre 2019.
- LIPARI N., *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006.
- LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2, 2015.
- LISZT F. VON, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg, 1882.
- LOLLO A., *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Padova, 2017.
- LONGO A., *Contra factum non valet argumentum: riflessi sostanziali e procedurali dell'argomento pragmatico nella sentenza n. 200 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, 3, 2016.
- LONGO A., *«Est modus in rebus». Modalità e contesto nella compressione dei diritti*

- fondamentali, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 122 del 2017, in Nomos – Le attualità nel diritto, 3, 2017.*
- LONGO A., *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007.
- LONGO A., *Il sindacato di ragionevolezza in materia penale. Brevi riflessioni a partire da alcune ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in Arch. pen., 3, 2017.
- LONGO A., *Iuxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprendimento identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza n. 24 del 2017*, in Riv. AIC, 3, 2017.
- LONGO A., *La Corte di cassazione apre le porte di Palazzo della Consulta alla recidiva obbligatoria*, in Oss. cost., 1, 2015.
- LONGO A., *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in Consulta OnLine, 2012.
- LONGO A., *Taricco-bis: un dialogo senza comunicazione*, in Arch. pen., 1, 2018.
- LONGO A., *Tempo, interpretazione, costituzione. I. Premesse teoriche*, II ed., Napoli, 2016.
- LONGO E., *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017.
- LUCIANI M., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in Riv. AIC, 1, 2013.
- LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in Riv. AIC, 4, 2014.
- LUCIANI M., *Giustizia costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, in Quaderno. Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, 1992.
- LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in Riv. AIC, 2, 2016.
- LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in Riv. AIC, 2, 2020.
- LUCIANI M., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in Oss. cost., 1, 2017.
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in Enc. Dir. Annali, IX, 2016.
- LUCIANI M., *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023.
- LUCIANI M., *Una legislazione penale più coerente*, in Giur. cost., 1996.
- LUZZATI C., *Ancora sulla certezza*, in Stato, Chiese e plur. conf., 23, 2017.
- MAGRO M.B., *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in Dir. pen. cont., 11 giugno 2019.
- MALFATTI E., *La Corte torna sul divieto di bis in idem con una singolare interpretativa di rigetto. A margine della sentenza n. 145/2020*, in Oss. cost., 6, 2020.
- MALFATTI E., PANIZZA S. e ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, 2021.
- MANACORDA S., *“Dovere di punire”? Gli obblighi di tutela penale nell'era della*

- internazionalizzazione del diritto, in M. Meccarelli, P. Palchetti e C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei Diritti umani: esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014.
- MANACORDA S., *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2013.
- MANES V. e MAZZACUVA FR., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Sist. pen.*, 23 marzo 2020.
- MANES V. e NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019.
- MANES V. e ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 23 marzo 2014.
- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Tomo III. La ragionevolezza nei vari settori del diritto*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, Roma, 2007.
- MANES V., *Dalle garanzie per il reo alla tutela delle vittime: il problema "aperto" degli obblighi positivi di tutela penale e della loro vincolatività per gli Stati*, in Id. e M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2003.
- MANES V., *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino, 2023.
- MANES V., *La Corte si muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017.
- MANES V., *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica*, 2013, consultabile in <https://www.cortecostituzionale.it>.
- MANES V., *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, 2016, consultabile in <https://www.treccani.it>.
- MANES V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016.
- MANETTI M., *Il paradosso della Corte EDU, che promuove la Consob (benché non sia imparziale) e blocca il giudice penale nel perseguimento dei reati di market abuse*, in *Giur. cost.*, 2014.
- MANIACI G., *La forza dell'argomento peggiore. La retorica paternalista nell'argomentazione morale e giuridica*, in *Ragion pratica*, 1, 2012.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 2017.
- MANTOVANI F., *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1990.

- MANTOVANI F., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati. 4. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, 1977.
- MANTOVANI M., *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in *Sist. pen.*, 6, 2024.
- MARCENÒ V., *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, 2019.
- MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1994.
- MARINUCCI G. e DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VI ed. aggiornata da E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano, 2017.
- MARINUCCI G., *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.*, 2006.
- MARONGIU A., *Il Parlamento in Italia dal Medio Evo all'età moderna*, Milano, 1962.
- MARONGIU A., *Momenti e aspetti del parlamentarismo medievale*, in *Medievalia*, 3, 1982.
- MARRA G., *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei. Un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, 2018.
- MARTIRE D. e PISTONE T., *Sospensione della prescrizione, principio di legalità e bilanciamento sempre possibile. Considerazioni a margine della sentenza n. 278 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.*, 3, 2021.
- MARTIRE D., *“Rilevanza” e “non manifesta infondatezza”: due categorie cabalistiche?*, in *Giur. cost.*, 2021.
- MARTIRE D., *Dalle “rime obbligate” alle soluzioni costituzionalmente “adeguate”, benché non “obbligate”*, in *Giur. cost.*, 2019.
- MARTIRE D., *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.*, 6, 2020.
- MARTIRE D., *La prescrizione “costituzionale” del reato tra finalità rieducativa della pena e principio di legalità*, in *Arch. pen.*, 3, 2021.
- MARX K., *Das Kapital* (1867), tr. it. di D. Cantimori, *Il capitale. Libro primo*, IX ed., Roma, 1980.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.
- MATTARELLA A., *Le recenti pronunce della Corte di Strasburgo in materia di ne bis in idem: un'occasione per riflettere anche sulla progressiva emersione del principio di proporzionalità della pena nel sistema multilivello delle fonti*, in *Cass. pen.*, 12, 2017.
- MAZZA O., *La Corte, la prescrizione e la fallacia del risultato utile*, in *Arch. pen.*, 1, 2021.
- MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
- MAZZOLA A., *La questione di legittimità delle pene tra il divieto di impugnazione delle pronunce della Corte costituzionale e l'assenza di soluzioni obbligate. Alcune considerazioni a margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *Forum di*

- Quad. cost., 2, 2020.
- MEDICO F., *Il giudice costituzionale dimezzato: l'insostenibilità di una terza via nel contesto CEDU*, in *Giur. cost.*, 2022.
- MENGONI L., *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1, 1996.
- MENGONI L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994.
- MENGONI L., *Libertà e proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988.
- MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.
- MEZZANOTTE C., *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Milano, 1979.
- MILL J.S., *On Liberty* (IV ed., 1869), in J.M. Robson (ed.), *The Collected Works of John Stuart Mill*, XVIII, Toronto-London, 220, tr. it. di G. Mollica, *Sulla libertà*, Milano, 2017.
- MOCCIA S., *Il problema della responsabilità oggettiva tra principio di tipicità e principio di colpevolezza*, in G. Giostra e G. Insolera (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Atti del Convegno, Macerata, 28 e 29 gennaio 1997, Milano, 1998.
- MODUGNO F. e LONGO A., *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, Napoli, 2021.
- MODUGNO F., *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme a Costituzione”*, in Id. e F. Rimoli (a cura di), *Sistema e problema: Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2a ed., 2017.
- MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- MODUGNO F., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.
- MODUGNO F., *Interpretazione costituzionale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 8, 2019.
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica. Tomo primo. L'oggetto*, Padova, 2015.
- MODUGNO F., *L'invalidità della legge. I. Teoria della costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, Milano, 1970.
- MODUGNO F., *L'invalidità della legge. II. Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970.
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.
- MODUGNO F., *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973.
- MODUGNO F., *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- MODUGNO F., *Ragione e Ragionevolezza*, in A. Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico. Tomo I. Ragione, ragionevolezza, esperienza (esperimento), dimensione oggettiva e storica della ricerca scientifica e giuridica*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, Roma, 2007.
- MONACO L. e PALIERO C.E., *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.

- MONGILLO V., *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Crit. dir.*, 2009.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), consultabile in <https://gallica.bnf.fr/essentiels/montesquieu/esprit-des-lois>.
- MORANA D., *L'effettività del diritto alla salute "oltre le Corti": vecchie e nuove questioni*, in *Riv. Dir. Comp.*, 1, 2022.
- MORO A., *Il diritto. Lo Stato. Lezioni di filosofia del diritto* (Università di Bari, 1944-1947), Roma, 1978.
- MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014.
- MORRONE A., *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in Id. (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale* (Università di Bologna – 12 ottobre 2018), 2018, consultabile in <http://www.forumcostituzionale.it>.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2002.
- MORRONE A., *Interpretazione nomopoietica. Nota alla sent. n. 68 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12, 2021.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019.
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Nov. Dig. it.*, V, Torino, 1960.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976.
- MORTATI C., *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 69 ss., ora in Id., *Raccolta di scritti. III. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*, Milano, 1972.
- MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968.
- MORTATI C., *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, I, 1, 1949, 457 ss., ora in Id., *Raccolta di Scritti. III. Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale italiana*, Milano, 1972.
- MUGNAI M., *Assorbimento (legge di)*, in N. Abbagnano (a cura di), *Dizionario di filosofia*, III ed., Torino, 1998.
- MUSCO E., *Brevi note sulla riforma del diritto penale tributario*, in *Rass. trib.*, 5, 2010.
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- NATALE A., *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Quest. giust.*, 7 dicembre 2017.
- NICOTRA I., *Pena e reinserimento sociale*, in *Riv. AIC*, 2, 2014.
- NUVOLONE P., *La problematica penale della Costituzione*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati. 4. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, 1977.
- NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.
- NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956.

- ONIDA V., *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in R. Bin et al. (a cura di), *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia. Atti del Seminario*, Ferrara, 6 maggio 2005, Torino, 2005.
- ORIOLO A., *Il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. Di Stasi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 2019.
- PACE A., *Diritti «fondamentali» al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993 e in AA.VV., *I diritti fondamentali oggi. Convegno dell'AIC, Taormina*, 1990, Padova, 1995, ora in Id., *Per la Costituzione. Scritti scelti*, I, Napoli, 2019.
- PACE A., *Impugnazione (inammissibile) delle sentenze interpretative di accoglimento o, piuttosto, «riconsiderazione» del decisum?*, in *Giur. cost.*, 2001.
- PACE A., *La causa della rigidità costituzionale*, in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002.
- PACE A., *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, Milano, 1987, ora in Id., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2^a ed. riveduta e ampliata, Padova, 2022.
- PACE L., *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020.
- PACE L., *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015.
- PACE L., *La "scura della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014.
- PACINI F., *"Abrogatio" non petita, accusatio manifesta: la Corte Costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948*, in *Federalismi.it*, 7, 2014.
- PADOVANI T., *I delitti di sciopero e di serrata*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- PADOVANI T., *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 17 aprile 2024.
- PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.* 3, 2018.
- PADOVANI T., *Profilo scientifico*, in G. Losappio e C. Locascio (a cura di), *Atti del seminario "Il profilo scientifico di Renato Dell'Andro nel centenario della nascita"*, 2023, 6, consultabile in <https://www.sistemapenale.it>.
- PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli. Vol. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova, 1985.
- PALADIN L., *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14

- ottobre 1992, Milano, 1994.
- PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
- PALAZZO F., *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. e proc.*, 10, 2012.
- PALAZZO F., *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, 3, 2017.
- PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2015.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. Giostra e G. Insolera (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale. Atti del Convegno, Macerata, 28 e 29 gennaio 1997*, Milano, 1998.
- PALAZZO F.C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979.
- PALAZZO F.C., *Valori costituzionali e diritto penale. Un contributo comparatistico allo studio del tema*, in A. Pizzorusso e V. Varano, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985.
- PALIERO C.E. e TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.
- PALIERO C.E., *Conclusioni*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017.
- PALIERO C.E., *L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 1981.
- PALIERO C.E., *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018.
- PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.
- PASCAL B., *Vanité n° 9/38*, in Id., *Pensées* (ed. 1670), consultabile in <http://www.penseesdepascal.fr/Vanite/Vanite9-moderne.php>.
- PELEGATTI G., *"Motivi assorbiti" e giudizio di costituzionalità*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019.
- PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost. sent. 5 aprile 2017 (dep. 11 maggio 2017), n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4, 2017.
- PELLIZZONE I., *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 1, 2017.
- PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015.

- PEPE C., *Illecito e sanzione amministrativa (tra valori costituzionali e discrezionalità legislativa)*, Padova, 1990.
- PERELMAN C. e OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), tr. it. di C. Schick e M. Mayer, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966.
- PERELMAN C., *Logique juridique*, Paris, 1976, tr. it. *Logica giuridica nuova retorica*, a cura di G. Crifò, Milano, 1979.
- PICARDI N., *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati. 4. Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, 1977.
- PICCHI M., *Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020*, in *Oss. cost.*, 5, 2020.
- PICCIRILLI G., *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in *Consulta OnLine*, I, 2017.
- PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranaturali*, Torino, 2019.
- PINARDI R., *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018.
- PINELLI C., *"Diritto di essere se stessi" e "pieno sviluppo della persona umana"*, in *Riv. AIC*, 4, 2021.
- PINELLI C., *«Valutazione sistematica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2012.
- PINELLI C., *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2019.
- PINELLI C., *Constitutional Reasoning and Political Deliberation*, in *German Law Journal*, 14, 2013.
- PINELLI C., *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. cost.*, 2019.
- PINELLI C., *Costituzione e principio di esclusività. I. Percorsi scientifici*, Milano, 1989.
- PINELLI C., *Diritto pubblico*, II ed., Bologna, 2022.
- PINELLI C., *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, II ed., Napoli, 2009.
- PINELLI C., *Gli adattamenti costituzionali attraverso il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2016.
- PINELLI C., *Il costituzionalismo di fronte ai nuovi poteri privati*, in *Econ. pubbl.*, 1, 2023.
- PINELLI C., *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Napoli, 2004.
- PINELLI C., *Il diritto per principi e la comunità degli interpreti*, in *Sociologia*, 3, 2010.
- PINELLI C., *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002.
- PINELLI C., *Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo*,

- in Riv. dir. comp., 3, 2018.
- PINELLI C., *Intervento su 'Giudici e legislatori'*, in Dir. pubbl., 2016.
- PINELLI C., *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in Dir. pen. cont., 17 ottobre 2016.
- PINELLI C., *Le regole sulla qualità della legislazione e il principio di sussidiarietà*, in Riv. dir. cost., 2000.
- PINELLI C., *Lo sciopero nel dibattito alla Costituente e nella giurisprudenza costituzionale*, in Id., Lavoro e Costituzione, Napoli, 2021.
- PINELLI C., *Ma cosa ha detto "un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale"? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Giur. cost., 2022.
- PINELLI C., *Principi, regole, istituti*, in Dir. pubbl., 2015.
- PINELLI C., *Profili costituzionalistici del reato di abuso d'ufficio*, in Giur. it., 2000.
- PINELLI C., *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in Giur. cost., 2011.
- PINI O., *La giurisprudenza costituzionale sui reati ostativi: bilanciamento di valori ed equilibrio tra poteri*, in Dirittifondamentali.it, 1, 2020.
- PINI O., *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Padova, 2021.
- PINO G., *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in Ration pratica, 2, 2014.
- PINO G., *Vezio Crisafulli sui principi di diritto. Prima e dopo*, in Lo Stato, 2020.
- PIPERNO C., *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991.
- PIZZORUSSO A., Art. 134, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Garanzie costituzionali. Art. 134-139*, Bologna-Roma, 1981.
- PIZZORUSSO A., Art. 137, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981.
- PIZZORUSSO A., *Il disgelo costituzionale*, in F. Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, II, 2, Torino, 1995.
- PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura della pena e il controllo della ragionevolezza*, in Giur. it., IV, 1971.
- PIZZORUSSO A., *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in Giur. it., IV, 1971.
- PIZZORUSSO A., *Osservazione alla sentenza 19 luglio 1968, n. 110*, in Foro it., 10, 1968.
- POLIMENI V., *Considerazioni a margine della sentenza Corte cost., 11 aprile 2023, n. 66: una battuta d'arresto nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul superamento degli automatismi sanzionatori?*, in Arch. pen., 3, 2023.
- POLITI F., *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in Dirittifondamentali.it, 1, 2020.
- PRINCIPATO L., *I diritti della sfera civile nella dimensione individuale*, in M. Benvenuti e R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale. Volume III. I diritti e i doveri costituzionali*, Torino, 2022.

- PRISCO S., *Il caso Cappato tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDir.*, 3, 2018.
- PROCACCINO A., *Illegittimità dell'art. 649 c.p.p. e doppio binario punitivo per il diritto d'autore. La spinta gentile e i caveat*, in *Giur. cost.*, 2022.
- PUGIOTTO A., *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Riv. AIC*, 1, 2020.
- PUGIOTTO A., *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Oss. cost.*, 3, 2018.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Riv. AIC*, 2, 2014.
- PUGIOTTO A., *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3, 2014.
- PUGIOTTO A., *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quad. cost.*, 1, 2020, 160 ss. nonché in *Studium Iuris*, 4, 2020, 399 ss., ora in AA.VV., *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020.
- PUGIOTTO A., *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in F. Corleone e Id. (a cura di), *Volti e maschere della pena. OPG e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2016.
- PUGIOTTO A., *Repressione penale della tortura e Costituzione. Anatomia di un reato che non c'è*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2014.
- PUGIOTTO A., *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994.
- PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994.
- PUGIOTTO A., *Torniamo alla legalità: aboliamo il 41bis*, in *il Riformista*, 14 agosto 2020, anche in *disCrimen*, 7 settembre 2020.
- PULITANÒ D., *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 7, 2018.
- PULITANÒ D., *Il problema prescrizione fra principi costituzionali e politica*, in *Sist. pen.*, 3, 2021.
- PULITANÒ D., *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. e proc.*, 10, 2018.
- PULITANÒ D., *La Corte costituzionale sul ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 1, 2017.
- PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017.
- PULITANÒ D., *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2016.
- PULITANÒ D., *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.
- PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (articolo 21 Cost.)*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*,

- 1983.
- PULITANÒ D., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011.
- PULITANÒ D., *Politica criminale*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- RACIOPPI F. e BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, III, Torino, 1909.
- RACIOPPI F., *Il potere giudiziario nel Governo costituzionale*, Conferenza detta al «Circolo Giuridico» di Roma, Roma, 1900.
- RAFARACI T., *Ne bis in idem*, in *Enc. Dir. – Annali III*, Milano, 2010.
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, V ed. rivista e aggiornata a cura di R. Guerrini, Torino, 2015
- RAMACCI F., *La bestemmia contro la Divinità: una contravvenzione delittuosa?*, in *Giur. cost.*, 1995.
- RANALDI G. e GAITO F., *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *Arch. pen.*, 1, 2017.
- RANDAZZO A., *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Riv. OIDU*, 2019.
- RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.
- RAZZANO G., *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita umana e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020.
- RECCHIA N., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- RECCHIA N., *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2, 2020.
- RECCHIA N., *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022.
- REPETTO G., *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017.
- REPETTO G., *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018.
- REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale. Profili processuali*, in *Dir. e Soc.*, 4, 2019.
- RESCIGNO G.U., *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2007.
- RESCIGNO P., *Uguaglianza e diritto privato*, in M. Cartabia e T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza. Università degli Studi di Milano – Bicocca, 15-16 maggio

- 2008, Milano, 2009.
- RIMOLI F., *Tutela del sentimento religioso, principio di eguaglianza e laicità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1997.
- RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, II ed., Bologna, 1990.
- ROMANO B., *Forma del senso. Legalità e giustizia*, Torino, 2012.
- ROMBOLI R., *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, in D. Dalfino (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016.
- ROMBOLI R., *Introduzione al seminario*, in Id. (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991.
- ROMBOLI R., *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta OnLine*, II, 2015.
- ROMBOLI R., *Vincolatività della interpretazione della CEDU da parte della Corte EDU e restituzione degli atti al giudice "a quo" in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2018.
- ROSS A., *On Law and Justice* (1953), Oxford, 2019.
- ROSSI P., *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1954.
- ROXIN C., *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000.
- RUDONI R., *Il principio costituzionale di proporzionalità delle sanzioni punitive e l'incerta giustiziabilità delle sue violazioni*, in *Giur. cost.*, 2022.
- RUGGERI A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine*, I, 2019.
- RUGGERI A., *Introduzione ai lavori*, in E. D'Orlando e L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009.
- RUGGERI A., *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 7 luglio 2005.
- RUGGERI A., *La tutela delle situazioni soggettive tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano, 2004.
- RUGGERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta OnLine*, I, 2017.
- RUGGERI A., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta OnLine*, III, 2018.
- RUGGERI, *Fine-vita (problemi e prospettive)*, in *Consulta OnLine*, I, 2023.
- RUGGIERO R.A., *Il ne bis in idem: un principio alla ricerca di un centro di gravità permanente*, in *Cass. pen.*, 10, 2017.
- RUGGIERO R.A., *Proscioglimento e ne bis in idem nel doppio binario sanzionatorio*, Torino, 2022.

- RUOTOLO M., *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. e Soc.*, 1, 2020.
- RUOTOLO M., *L'ergastolo ostativo è costi M.tuzionale?*, in G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, Atti del Seminario, Ferrara, 25 settembre 2020, consultabile in *Forum di Quad. cost.*
- RUOTOLO M., *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 *Riv. AIC*, 2, 2019.
- RUOTOLO M., *Per l'introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano*, in *Costituzionalismo.it*, 25 luglio 2013.
- SAITTO F., *Al di là della "regola Granital". Individuazione del parametro in due sentenze della Corte costituzionale in materia di mandato d'arresto europeo*, in *Giur. cost.*, 2023.
- SALAZAR C., «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale, in *Quad. cost.*, 3, 2019.
- SALERNO F., *Il limite – non il contro-limite – della riserva di legge all'attuazione diretta della norma internazionale «generalmente riconosciuta» in materia penale*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, IV, Napoli, 2014.
- SALVEMINI P., *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di Corte cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Riv. AIC*, 4, 2017.
- SANDULLI A.M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1, 1975.
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.
- SAVINO M., *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.
- SAX W., *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in K.A. Bettermann, H.C. Nipperdey e U. Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, III, Berlin, 1959, 909 ss.
- SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- SCALIA V., *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, in *Arch. pen.*, 3, 2020.
- SCHMITT C., *Der Hüter der Verfassung* (1931), tr. it. *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981.
- SCOLETTA M., *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla*

- sua proclamazione, Torino, 2022.
- SCOLETTA M., *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle “zone franche” dal sindacato di legittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2014.
- SCOLETTA M., *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *Giur. cost.*, 2019.
- SCOLETTA M., *Riaccentramento del sindacato di legittimità ed effettività dei diritti fondamentali europei: l’esempio della garanzia del ne bis in idem*, in *Oss. cost.*, 1, 2023.
- SCOLETTA M., *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d’autore*, in *Sist. pen.*, 23 giugno 2022.
- SEMINARA S., *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *Dir. pen. e proc.*, 11, 2022.
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001.
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.
- SGUBBI F., *Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale (articoli 8 e 19 Cost.)*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- SICURELLA R., *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in *Dir. pen. cont.*, 19 aprile 2017.
- SIEYÈS E.-J., *Qu’est-ce que le Tiers-État? (1789)*, tr. it. di R. Giannotti, *Saggio sui privilegi. Che cosa è il terzo stato?*, Roma, 1978.
- SIGLER J.A., *A History of Double Jeopardy*, in *The American Journal of Legal History*, 4, 1963.
- SILVA C., *La deriva del ne bis in idem verso il canone di proporzionalità*, in *Arch. pen.*, 1, 2019.
- SILVESTRI G., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4, 2020.
- SILVESTRI G., *Intervento*, in AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte Costituzionale Vezio Crisafulli*, tenutasi a Roma, Palazzo della Consulta, 5 novembre 2010, Roma, 2011.
- SILVESTRI G., *L’individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, 29 ottobre 2018.
- SILVESTRI G., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Riv. AIC*, 2, 2014.
- SILVESTRI G., *La separazione dei poteri*, II, Milano, 1984.
- SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, poi in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale, in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985.
- SILVESTRI G., *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985.
- SIMONCINI A. e LONGO E., *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in *Oss. cost.*,

- 3, 2014.
- SIRACUSANO FA., *L'irretroattività irrompe nella fase dell'esecuzione penale: luci e ombre di una svolta epocale*, in *Giur. cost.*, 2020.
- SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, raccolte a cura di E. Rinaldi, II ed., Torino, 2007, ora in Id., *Scritti scelti*, Napoli, 2022.
- SORRENTINO F., *Lezioni sulla riserva di legge*, raccolte a cura di G. Floridia, Genova, 1977, ora in Id., *Scritti scelti*, Napoli, 2022.
- SORRENTINO F., *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2016.
- SOTIS C., *"Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (Caso Taricco)*, in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- SOTIS C., *«Criminaliser sans punir». Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 4, 2010.
- SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso – troppo? – sul serio»*, in *Giur. cost.*, 2012.
- SOTIS C., *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *L'indice penale*, 2, 2017.
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
- SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2016.
- SOTIS C., *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2012.
- SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012.
- SOTIS C., *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002.
- SOTTILE L., *Nel dedalo del principio di legalità durante l'emergenza epidemiologica. Brevi note a margine della sent. n. 140/2021*, in *Oss. cost.*, 6, 2021.
- SPADARO A., *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Riv. AIC*, 4, 2019.
- SPADARO A., *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (note ricostruttive)*, in *Riv. AIC*, 2, 2023.
- SPANGHER G., *Un'interpretazione costituzionalmente orientata della duplice sanzionabilità dei colpevoli comportamenti del genitore affidatario nei confronti della prole*, in *Giur. cost.*, 2020.
- SPASARI M., *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.
- SPATARO O., *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, 2022.
- STACCA S., *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2018.

- TALINI S., *Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, III, 2019.
- TALINI S., *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- TARLI BARBIERI G., *La "scommessa" dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in C. Paonessa e L. Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016.
- TEGA D., *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum di Quad. cost.*, 6 maggio 2017.
- TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020.
- TEGA D., *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costringitiva*, in *Sist. pen.*, 2, 2021.
- TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.
- TOCQUEVILLE A. DE, *De la démocratie en Amérique*, I, Paris, 1835, consultabile in <https://gallica.bnf.fr>.
- TRAPANI M., *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, Roma, 2022.
- TRIPODI A.F., *Il doppio binario sanzionatorio all'esame del giudice delle leggi: una decisione in materia di abusi di mercato tra corsi e ricorsi storici*, in *Giur. cost.*, 2016.
- TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018.
- TRIPODI A.F., *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. Cadoppi et al. (a cura di), *Diritto penale dell'economia. Tomo primo. Reati societari, finanziari e bancari. Reati tributari*, Torino, 2017.
- TRIPODINA C., *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto di altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. cost.*, 2018.
- TRUCCO L., *Ne bis in idem: la Corte di Strasburgo scende a più miti e ulteriori consigli*, in *Quad. cost.*, 1, 2017.
- VASSALLI G., *Abolitio criminis e principii costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983.
- VASSALLI G., *Codice penale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960.
- VASSALLI G., *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- VIGANÒ F., *Decisioni mediche di fine vita e 'attivismo giudiziale'*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008.

- VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? A margine di Corte EDU, Sez. II, sent. 4 marzo 2014, Grande Stevens e a. c. Italia, ric. n. 18640/10 e a.*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4, 2014.
- VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020.
- VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2016.
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017.
- VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. Bertolino, L. Eusebi e G. Forti (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.
- VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2017, ora in A. Bernardi e C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2016.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e pluralità di sistemi sanzionatori per lo stesso fatto*, in *Riv. soc.*, 1, 2023.
- VIGANÒ F., *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in V. Manes e V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017.
- VILLA V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999.
- VINCIGUERRA S., *La tutela penale dei precetti regionali cinquant'anni dopo*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.
- VOGLIOTTI M., *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2016.
- VOLPE G., *L'ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977.
- WEBER M., *Der Sinn der «Wertfreiheit» der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften* (1917), tr. it. di P. Rossi, *Il significato della «avalutatività» delle scienze sociologiche e economiche*, in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958.
- WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it. di P. Chiodi e G. Giordano, *Economia e società. II. Economia e tipi di comunità*, Torino, 1999.
- ZAGREBELSKY G. e MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018.

- ZAGREBELSKY G. e MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018.
- ZAGREBELSKY G., *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Milano, 1974.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Leggi diritti giustizia*, Torino, nuova ed., 1992.
- ZAGREBELSKY G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli e S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.
- ZAGREBELSKY G., *La Corte in-politica*, in *Quad. cost.*, 2, 2005.
- ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987.
- ZAGREBELSKY V., *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, maggio 2014.
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.
- ZANON N. e BIONDI F., *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, 2002.
- ZICCHITTU P., *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019.