

L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA LEGGE PENALE E LE FRONTIERE DELLA DEMOCRAZIA

di Francesco Palazzo

(*Professore emerito di diritto penale, Università di Firenze*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Sentenze manipolative e diritto penale: un apparente paradosso. – 3. Giudici comuni “portieri” della Corte costituzionale. – 4. La proliferazione dei parametri di costituzionalità. – 5. I limiti pregiudiziali al giudizio di legittimità costituzionale: la *quaestio in malam partem*. – 6. *Segue*. L'onere di interpretazione conforme a Costituzione. – 7. Il limite sostanziale della discrezionalità legislativa. – 8. Corte costituzionale e democrazia.

1. In questi ultimi tempi l'attenzione per la Corte costituzionale e la sua attività si è molto ravvivata. E non solo da parte degli studiosi o comunque di coloro che hanno una qualche ragione professionale per seguire la Consulta e le sue decisioni, ma anche da parte della c.d. opinione pubblica, che spesso s'identifica con l'“opinione” dei media. A spiegare questo nuovo fenomeno, nel complesso sicuramente positivo, non ci sono solo i vari “viaggi” compiuti dalla Corte nelle scuole o nelle carceri. Sono anche talune sentenze a richiamare un'attenzione più vasta, fino ad arrivare anche ad esponenti politici che, lungi dall'interessarsi dei famosi “moniti” e delle decisioni della Corte per provvedere doverosamente all'adeguamento della legislazione, si lasciano andare a reazioni talvolta non proprio istituzionalmente composte, contestative o adesive che siano. Il campionario delle decisioni che hanno recentemente suscitato siffatte reazioni comincia ad essere consistente: per rimanere in campo penalistico, si va dalle decisioni emesse sull'*affaire Taricco* a quelle relative al caso *Cappato*, dalla pronuncia sull'ergastolo ostativo (contro la quale un politico aveva minacciato un “ricorso”...) a quella sulla irretroattività delle modifiche peggiorative della disciplina dei benefici penitenziari introdotte dalla legge anticorruzione.

Se questo è lo scenario di fondo di un'accentuata e generalizzata sensibilità nei confronti della giustizia costituzionale, si comprende allora benissimo l'odierna fioritura di studi, saggi e commenti su quello che comincia ad apparire il “nuovo corso” da poco intrapreso dalla Corte costituzionale. Addirittura, sempre limitandoci al campo penalistico, non può certo passare inosservato un ponderoso e poderoso

volume¹ in cui si delineano le molteplici forme in cui può manifestarsi la questione di legittimità costituzionale della legge penale, con lo scopo chiarissimo di fornire ai giudici comuni una sorta di vademecum – indubbiamente di alto livello scientifico – per la prospettazione della *quaestio legitimitatis* in materia penale.

Da tali numerose sollecitazioni nascono le brevi riflessioni che seguono, senza peraltro avere nessun intento di approfondimento o di completezza ma solo di sintetica panoramica di quanto di nuovo sta verificandosi negli schemi del giudizio di costituzionalità della legge penale.

2. In linea generale, non pare facilmente smentibile l'affermazione che la “salute costituzionale” del nostro sistema penale non dipende tanto dalla sensibilità del *legislatore* nei confronti dei valori costituzionali, quanto piuttosto dal giudizio incidentale di costituzionalità praticato dalla *Corte costituzionale*. Un giudizio, questo, che è andato incontro negli ultimi anni ad un vistoso processo di complessificazione dovuto ad almeno due fattori determinanti.

In primo luogo, si sono moltiplicati i parametri del giudizio di costituzionalità, in particolare a seguito dell'ingresso di nuovi principi di provenienza e derivazione europea.

In secondo luogo, si sono moltiplicati gli schemi decisorii utilizzati dalla Corte, che sono oggi ormai andati molto oltre la soluzione di portata semplicemente ablatoria e che, conseguentemente, rivelano invece una crescente intensità dei loro effetti *lato sensu* manipolativi.

E, a quest'ultimo proposito, non si può fare a meno di segnalare fin d'ora un apparente paradosso. Il diritto penale è l'area in cui la riserva di legge ivi stabilita in chiave di garanzia democratica dovrebbe, in linea di principio, comprimere maggiormente gli interventi manipolativi della Corte a tutto vantaggio di quelli ablatori. Ma è invece proprio in quest'area che si manifesta maggiormente la preoccupazione, per non dire l'assillo, della Corte di non lasciare “zone franche” o oscure, che si sottraggano in definitiva al controllo di legittimità costituzionale in nome della legalità penale e della conseguente impossibilità di effettuare interventi che, ancorché manipolativi, risultano essere – nel caso – gli unici possibili. Così che proprio in materia penale si assiste allo sviluppo espansivo del sindacato e soprattutto degli schemi decisorii della Corte.

Un paradosso, o addirittura una contraddizione, solamente apparente, dicevamo. E, in effetti, il rifiuto di “zone franche”, con la conseguente dilatazione del potere anche

¹ V. Manes-V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2019.

ricostruttivo, o francamente creativo, da parte della Corte di una disciplina *sostitutiva* di quella illegittima, si corrobora in nome della salvaguardia incondizionata dei *diritti fondamentali*: ove siano in ballo questi ultimi la Corte non può accettare di arrestarsi anche se l'unica strada per la loro salvaguardia sia quella di una decisione manipolativa o creativa. Poiché in materia penale è sempre questione di diritti fondamentali, ne viene quale conseguenza logica e inevitabile che proprio in questa materia l'adozione di sentenze manipolative andrà incontro a minori remore, nonostante l'imperativo della legalità.

Si apre qui un dilemma sul quale dovremo tornare in chiusura: la Corte, in nome della salvaguardia dei diritti fondamentali sembra aprire ed accettare una breccia nel principio democratico di cui è espressione la legalità penale: breccia tanto più evidente in quanto la Corte è per definizione organo di garanzia costituzionale dotato di una sua speciale legittimazione sostanzialmente eterogenea rispetto a quella democratica.

3. Dicevamo poc'anzi che la salute costituzionale del nostro sistema penale dipende prevalentemente dal controllo incidentale di legittimità costituzionale. Ed è ben vero che i giudici comuni sono i "portieri" per l'accesso al giudizio di costituzionalità. E dunque la salute costituzionale del sistema viene, in prima battuta, a dipendere dalla sensibilità costituzionale dei giudici comuni e dalla loro capacità di porre le *quaestiones legitimitatis* in modo da "portare" la Corte verso la soluzione auspicata. Ma, se questo ruolo d'impulso, in un certo senso meccanico, è fuori discussione, è altrettanto evidente che i limiti di accessibilità alla Corte sono pur sempre fissati dalla Corte stessa.

In effetti, nel preliminare giudizio di ammissibilità della *quaestio* vengono in gioco proprio quei limiti ai poteri decisorii della Corte che essa si dà e che nel tempo modifica. Quindi la risultante viene a dipendere da una sorta di ping pong, in cui – da una parte – la Corte riesce a dilatare i suoi poteri decisorii solo se i giudici comuni in qualche modo sfidano i limiti di ammissibilità fino ad allora fissati e la Corte – per parte sua – accetta la sfida allargando i confini dell'ammissibilità. E', insomma, un costante gioco di equilibri più o meno stabili il cui governo però è sempre nelle mani della Corte, anche se non può fare a meno dell'"intraprendenza" costituzionale dei giudici comuni.

Con la conseguenza ultima che, ai fini dell'accertamento della reale ampiezza dei poteri della Corte, sono talvolta più significative le decisioni sull'ammissibilità di quelle di merito.

4. Tutto ciò premesso, iniziamo a sviluppare sinteticamente il nostro discorso muovendo del suo primo asse portante, cioè quello della proliferazione e arricchimento dei *parametri* del controllo di costituzionalità delle leggi penali.

Tanto per cominciare, è risaputo che tutti i principi costituzionali, di origine interna o sovranazionale che siano, sono caratterizzati da una loro *eccedenza assiologica*, che proprio dalle Corti viene sviluppata lungo un processo evolutivo storicamente vitale e che negli ultimi anni si è indubbiamente e felicemente intensificato. Questo processo, che spesso parte da una cellula semantica di un testo costituzionale apparentemente poco promettente o talvolta addirittura asfittico, dimostra ancora una volta – specie quando si tratta di *principi* – come l'espressione verbale sia solo un veicolo, un medium che mette in comunicazione l'interprete e la dimensione dinamica dei valori giuridici. E spesso si tratta di una dimensione assiologica che rimanda a realtà storico-sociali e culturali molto complesse, che tocca proprio all'interprete esplicitare e in qualche modo “conformare” in una veste giuridicamente significativa ed operativa.

Gli esempi di questo fenomeno sono numerosi anche nella nostra materia. Il principio di personalità della responsabilità penale fu inteso dai costituenti, e all'inizio anche da autorevolissimi penalisti dotati di sensibilità costituzionale, nella sua ridotta accezione di divieto di responsabilità per fatto altrui. Per poi assumere i contenuti, che oggi ci paiono quasi ovvi e indiscutibili, dei principi di colpevolezza e di individualizzazione della pena. Anche il principio di offensività, oggi così ampiamente circolante nella giurisprudenza della Corte, fu però un frutto relativamente tardivo di un'interpretazione costituzionale guidata da una dottrina ai suoi tempi dirompentemente innovativa. Lo stesso può dirsi del principio di determinatezza e precisione della legge penale che, seppure sempre serpeggiante all'interno del più ampio principio di legalità, solo nell'ultimo quarto del secolo scorso trovò una sofisticata esplicitazione dottrinale senza tuttavia riuscire a produrre risultati significativi nella giurisprudenza costituzionale. Oggi assistiamo ad un'espansione assiologica del principio di rieducazione che ormai si è conquistata una posizione di preminenza all'interno della tradizionale teoria della polifunzionalità della pena. Per quanto riguarda, poi, il versante più propriamente dei diritti e delle libertà, basterà qui citare il diritto alla vita privata, dal quale la Corte di Strasburgo continua a ricavare i contenuti più vari e talvolta addirittura imprevedibili.

Ebbene, la ricchezza assiologica via via raggiunta da questi e da altri principi, lungo un processo che ad oggi appare pienamente ancora attivo, schiude spazi ed orizzonti sempre più vasti per la proposizione di questioni di costituzionalità della legge penale.

C'è poi l'altro versante lungo il quale i parametri di costituzionalità si moltiplicano: si tratta, com'è facile intuire, del versante *europeo*. Le varie Carte europee producono nuovi parametri, totalmente o parzialmente sconosciuti al catalogo interno, destinati però ad operare anche sul piano interno e *in primis* quali criteri di legittimità delle norme interne. Così, ad esempio, il principio del *ne bis in idem* ha avuto un riconoscimento in sede europea che non era riuscito a conquistare all'interno del nostro ordinamento. E ancora possiamo ricordare il principio della retroattività *in mitius* o il principio di accessibilità della norma e di prevedibilità della decisione giudiziale, che hanno arricchito in modo determinante i contenuti del principio di legalità rispetto alla sua originaria fisionomia.

D'altro lato, però, questo fenomeno di proliferazione dei parametri di costituzionalità di derivazione europea ha creato non poche difficoltà "interne" al giudice nazionale per ciò che concerne la determinazione delle condizioni in cui tali parametri possono legittimamente penetrare ed operare nel nostro ordinamento. La proposizione della questione di costituzionalità si è così, per questa via, ulteriormente complicata ponendo spesso ai giudici comuni oneri interpretativi aggiuntivi e non poco gravosi. Così, con riguardo ai parametri di derivazione CEDU, la nostra Corte costituzionale ne ha subordinato la operatività *ex art. 117 Cost.* al fatto che essi abbiano trovato espressione in un diritto giurisprudenziale *consolidato* ad opera della Corte di Strasburgo. La necessità di questo requisito della consolidazione, pur avendo suscitato qualche critica, ha una sua profonda ragion d'essere nell'esigenza di non esporre il nostro ordinamento agli scossoni che potrebbero provenire da una qualunque sentenza di Strasburgo anche peregrina ed isolata: tanto più se si considera che la Corte europea giudica non sulla legge ma sul fatto concreto. Proprio le caratteristiche del giudizio europeo, mentre danno ragione del requisito della consolidazione richiesto dalla nostra Corte, rendono difficile per il giudice nazionale maneggiare siffatto requisito nel proporre la questione di legittimità. Il fatto che il parametro europeo trovi la sua enunciazione immancabilmente mediante una sua "concretizzazione" sul fatto storico può rendere ardua la sua generalizzazione al fine di riferirlo ad una norma astratta, come impone invece la fisionomia del nostro giudizio di costituzionalità. Senza contare poi che, per contro, la stessa Corte europea può ostacolare il compito di generalizzazione di un principio convenzionale quando, sospinta dalle caratteristiche peculiari del caso se non proprio da contingenti esigenze politiche, fa opera di *distinguishing* così da escludere – almeno in apparenza – che si sia pervenuti alla necessaria consolidazione del principio.

Per quanto riguarda in secondo luogo le norme di diritto europolitano, ben sappiamo come il loro ingresso nell'ordinamento interno sia più immediato allorché esse siano *self executing*, di applicazione diretta, essendo doverosa la disapplicazione

della norma interna in contrasto. Tutto vero, ma rimane sempre, o quasi, incombente l'alternativa della dichiarazione di incostituzionalità della norma in contrasto. E l'alternativa non è di poco conto, visto che la disapplicazione da parte di questo o quel giudice interno non esclude che la norma continui ad esistere nell'ordinamento e possa dunque essere applicata da qualche altro giudice che opini diversamente; mentre, al contrario, la dichiarazione di incostituzionalità avendo efficacia *erga omnes* espunge la norma dall'ordinamento. Ebbene, questa notevole diversità di conseguenze (politicamente assai significativa perché condiziona il grado e l'effettività della penetrazione del diritto eurounitario nel nostro ordinamento) viene in sostanza a dipendere da una decisione dei giudici comuni. L'alternativa tra disapplicazione e questione di costituzionalità dipende a ben vedere dal grado di incompatibilità che è dato scorgere tra le due norme: allorché la norma europea e quella interna abbiano un contenuto sostanzialmente "sovrapponibile", presentando un analogo grado di astrattezza con una disciplina opposta, più stringente sarà l'opzione per la disapplicazione; al contrario, quando la norma europea sia formulata in guisa essenzialmente di principio, con un grado di astrattezza e generalità molto più elevato della norma interna, allora l'opzione più stringente dovrebbe essere a favore della *quaestio legitimitatis*. Senonché, a ben vedere le cose, le due opzioni si pongono per così dire lungo un *continuum*, essendo chiaro che il grado di generalità della norma europea può essere minore o maggiore lungo una scala di continuità. Forse, tenendo presente tutto ciò, è plausibile raccomandare al giudice comune di privilegiare l'opzione per la *quaestio legitimitatis* in tutti i casi dubbi, non foss'altro al fine di assicurare una maggiore eguaglianza e certezza di soluzioni sulla penetrazione della norma europea nel nostro ordinamento. E ci pare che in tale direzione vadano anche le parole della relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sul tema dei rapporti tra disapplicazione e dichiarazione di incostituzionalità.

Dunque, la portata del giudizio di costituzionalità si è ampliata e soprattutto le sue cadenze si sono complicate a seguito del moltiplicarsi dei parametri provenienti dall'Europa. Un ulteriore motivo di complicazione del giudizio riguarda infine i limiti che la Corte ha apposto all'ingresso di tali parametri nell'ordinamento italiano. Limiti, naturalmente, che anche i giudici comuni dovranno aver presenti al momento di sollevare la *quaestio legitimitatis*. Come noto si tratta di limiti che attengono alla verifica preliminare di "compatibilità costituzionale" degli stessi parametri europei. E così, per quanto attiene al diritto eurounitario, la soluzione normativa (che altrimenti sarebbe costituzionalmente imposta) discendente dal diritto europeo non può violare i famosi "controlimiti" costituiti dai principi fondamentali del nostro ordinamento. Questi ultimi sono tuttora oggetto di un lento ed incerto processo di individuazione da parte della Corte e ad oggi sembrano in sostanza riconducibili al principio di legalità

in materia penale (inteso come esistenza di un'adeguata base legale alla decisione del giudice) e al fondamentale diritto al silenzio in capo all'imputato

Per quanto attiene ai principi convenzionali, essi debbono superare il vaglio di compatibilità costituzionale. Ma poiché appare quanto mai improbabile la sussistenza di un contrasto di quelli, in sé e per sé considerati, con la nostra Costituzione, si deve ipotizzare che il giudizio di compatibilità costituzionale riguardi in sostanza il giudizio di bilanciamento tra quei principi convenzionali e altri valori e interessi costituzionalmente riconosciuti. E così discrezionalità viene ad aggiungersi a discrezionalità via via che il giudizio costituzionale si allarga oltre il quadro nazionale.

5. Il secondo asse portante di questo nostro discorso sulla crescente complessità del giudizio di illegittimità della legge penale riguarda la sempre maggiore incisività dei poteri assunti via via dalla Corte. Così da far cadere o comunque ridimensionare quei limiti che spesso erano fondativi di decisioni di inammissibilità della questione.

Vengono qui in gioco limiti che possono essere raggruppati in due categorie fondamentali. Limiti pregiudiziali o formali, che impediscono alla Corte già solo di entrare nel giudizio; e limiti contenutistici o sostanziali, che impediscono alla Corte di assumere una decisione di accoglimento e, dunque, in sostanza, di esercitare il suo potere di annullamento della legge ancorché affetta da incostituzionalità.

Cominciando dai limiti della prima categoria, quelli pregiudiziali, diremmo che, a parte quelli rigorosamente formali (come l'assenza della forza di legge nell'atto impugnato o la natura non giurisdizionale dell'autorità remittente), sono particolarmente rilevanti per noi quelli dell'inammissibilità della *quaestio in malam partem* e della mancata previa interpretazione conforme a Costituzione se possibile. Due importanti e molto significative barriere, maneggiando le quali la Corte definisce in sostanza i suoi rapporti col legislatore e coi giudici comuni. In linea generale, è manifesta la tendenza più recente della Corte a ridurre progressivamente la portata di queste due limitazioni.

Con riferimento specifico alla *quaestio in malam partem*, non occorre in questa sede soffermarvisi più di tanto essendo ormai abbastanza chiaro e consolidato l'assetto concettuale cui è pervenuta la giurisprudenza della Corte. In effetti, superata abbastanza agevolmente e ineccepibilmente l'ipotetica irrilevanza della *quaestio* derivante dal principio di irretroattività, il problema reale riguardava la possibilità di conciliare l'effetto *in malam partem* discendente dalla dichiarazione di incostituzionalità con il principio di legalità – *sub specie* della riserva di legge – in materia penale. Il discrimine è stato trovato dalla Corte in modo a nostro giudizio soddisfacente. Premesso, in linea di principio, che le norme con effetti favorevoli non possono per ciò solo costituire una zona franca che si presterebbe a intollerabili abusi

da parte del legislatore, la dichiarazione d'incostituzionalità è possibile quando l'effetto *in malam partem* non è la conseguenza di una *scelta discrezionale* della Corte ma è il risultato per così dire automatico del rapporto strutturale esistente tra la norma (di favore) annullata e altra norma di maggior tutela: insomma, un meccanismo di logica formale che assicura una copertura interamente legislativa della soluzione *in malam partem* prodotta dalla dichiarazione di illegittimità. Com'è notissimo, siffatto rapporto strutturale di tipo formale si ha prima di tutto nel caso delle norme di favore che prevedono veri e propri privilegi soggettivi od oggettivi, la cui eliminazione porta automaticamente alla applicazione della norma incriminatrice; e poi nel caso di norme incriminatrici in rapporto di specialità, così che l'annullamento della norma speciale di favore comporta la riespansione della norma generale di maggior tutela.

Ovvia, poi, la soluzione adottata dalla Corte per il caso in cui, essendo la norma di favore contenuta in una fonte illegittima per vizi "formali", il suo annullamento comporta automaticamente la reviviscenza della norma di maggior tutela precedentemente in vigore, non essendosi in realtà mai prodotto l'effetto abrogativo di quest'ultima. Rimane, invece, ancora sottratto al sindacato della Corte il caso in cui il vizio della norma favorevole successiva sia "sostanziale", radicandosi proprio nella diminuita tutela rispetto a quella precedente più sfavorevole: qui, essendosi verificato l'effetto abrogativo, manca la fonte legale capace di reviviscenza (o riespansione).

In tutti gli altri casi in cui l'eliminazione della norma di minor tutela non può produrre la riespansione o la reviviscenza automatiche - in base a meccanismi "formali" - della norma di maggior tutela più sfavorevole, la Corte arresta il suo potere sulla soglia dell'ammissibilità. E ciò anche qualora la soluzione di maggior tutela, costituzionalmente imposta, sia in qualche modo rintracciabile nell'ordinamento attraverso un'argomentazione non solo costituzionalmente plausibile ma addirittura riconducibile a "rime obbligate".

In conclusione, nelle *quaestiones in malam partem* la Corte assume il limite della legalità in senso forte, ben al di là dunque di quel vincolo delle "rime obbligate" che invece la Corte non ha esitato a superare proprio in materia penale ma nel presupposto che il risultato della dichiarazione d'incostituzionalità sia in senso favorevole al reo.

6. L'altro limite destinato ad operare sulla soglia dell'ammissibilità è, come abbiamo detto, quella dell'onere d'interpretazione conforme a Costituzione, ove possibile, gravante sul giudice comune. Da un punto di vista generale, si tratta di un limite che non può essere inteso come una sorta di via di fuga escogitata dalla Corte per sottrarsi alle sue responsabilità. Piuttosto, a noi pare che esso costituisca un prezioso strumento attraverso il quale assicurare armonici rapporti di coesistenza tra la Corte, da un lato, e gli altri organi costituzionali dall'altro: legislatore e giudici

comuni. Nei confronti del legislatore, l'interpretazione conforme di cui è onerato il giudice *a quo* costituisce, infatti, uno strumento per evitare eccessi demolitori del prodotto legislativo in nome del superiore principio di conservazione degli atti giuridici. Nei confronti della magistratura, d'altro lato, e ancor più significativamente, l'interpretazione conforme consente di valorizzare il ruolo "costituzionale" dei giudici comuni facendo sì che per loro tramite la Costituzione circoli come linfa vitale nell'ordinamento *in action* senza l'appesantimento e i traumi del giudizio incidentale di costituzionalità: a testimonianza quasi di una più intensa e diffusa "vitalità" della Costituzione, capace di affermarsi anche senza il tramite della dichiarazione d'incostituzionalità. Una sorta, in definitiva, di adeguamento automatico del diritto applicato e vivente alla Costituzione.

Senonché, se questi sono gli indubbi meriti dell'interpretazione conforme, essa ha anche delle controindicazioni che hanno costituito la causa per cui l'interpretazione conforme ha fortemente contribuito a far inclinare il sistema verso il modello del controllo diffuso di costituzionalità. A rigore, l'interpretazione conforme è una sottospecie dell'interpretazione sistematica che dovrebbe rimanere ingabbiata nella trama invalicabile del testo legislativo. Ma, a differenza della normale interpretazione sistematica, qui il parametro costituzionale ha caratteristiche tali da spingere ineluttabilmente l'interprete verso forzature del testo linguistico, verso cioè operazioni ermeneutiche più proprie del giudizio di costituzionalità.

A parte la congenita indeterminatezza (ed eccedenza assiologica) del parametro costituzionale di riferimento, che amplia già in partenza il campo in cui l'interprete potrà operare con lo strumento ermeneutico, decisivo è il valore gerarchicamente superiore di tale parametro rispetto alla disposizione da sottoporre alla interpretazione conforme. Ciò comporta che il giudice sarà necessariamente portato a *cercare la prevalenza* del parametro costituzionale rispetto a qualunque altra opzione interpretativa della disposizione in questione. In buona sostanza, l'interpretazione conforme tende a non porsi quale neutrale metodo interpretativo ma quale strada per raggiungere un certo risultato interpretativo a priori privilegiato. In definitiva, in altre parole ancora, l'interpretazione conforme sembra essere più un onere (o un'obbligazione) di risultato che di mezzi. E questo sforzo, questa tensione verso il risultato costituzionalmente conforme diventa ancora più impellente allorché il giudice *a quo* esitante dinanzi alle resistenze opposte dal testo legale, e che pertanto sollevi la questione, viene in qualche modo "redarguito" da una pronuncia di inammissibilità. Così i giudici comuni sono ulteriormente sospinti ad assumere interpretazioni conformi di tipo manipolativo, sfruttando tutto il margine di manovra e anche oltre lasciato immancabilmente dalla formulazione linguistica, tanto più quando quest'ultima non sia ineccepibile (come sempre più spesso capita).

Ed allora, in conclusione, è del tutto comprensibile – e a nostro avviso condivisibile – il recente *revirement* della Corte costituzionale sull'inammissibilità per mancata previa interpretazione conforme. La Corte, proprio avvertendone l'orientamento al *risultato* più che la natura di metodo interpretativo “aperto”, ha ritenuto che l'onere sia assolto già per il solo fatto che il giudice abbia intrapreso, tentato un'interpretazione conforme, anche se poi non abbia potuto (o voluto) raggiungere quel risultato interpretativo conforme, che invece la Corte ritiene plausibile e costituzionalmente obbligato. Così facendo i giudici costituzionali hanno corretto l'eccessiva inclinazione assunta dal sistema verso il modello del controllo diffuso.

7. E' il momento di passare ai limiti di natura sostanziale o contenutistica. Essi sono essenzialmente riconducibili alla c.d. *discrezionalità* legislativa, che in linea di principio viene messa in discussione, fino ad essere in qualche modo usurpata, allorquando la decisione di accoglimento non può non accompagnarsi ad una manipolazione della disciplina legislativa affetta da incostituzionalità. In generale, nella nostra materia, pare si possa dire che, mentre quando si tratta di questioni *in malam partem* la Corte si attesta su posizioni nel complesso abbastanza rigorosamente osservanti del principio di legalità penale, quando si tratta di questioni *in bonam partem* essa è diventata molto più incline a non sentirsi totalmente ingabbiata dal limite della discrezionalità legislativa.

Ciò premesso, come può reagire la Corte dinanzi al profilarsi del limite della discrezionalità legislativa? Le risposte possibili sono davvero molteplici e variamente utilizzate dalla Corte secondo le circostanze. La tipologia decisoria può essere qui rapidamente analizzata muovendo dai modelli decisionali più rispettosi della discrezionalità per arrivare a quelli che invece lo sono assai di meno.

Le *più rispettose* della discrezionalità legislativa sono le pronunce di c.d. inammissibilità “vestita” e le sentenze di accoglimento additive di principio. *Nulla quaestio* per le prime, che in effetti rispettano il limite della discrezionalità in quanto non modificano la disciplina legislativa, ma si limitano ad additare al legislatore la cornice costituzionale entro la quale dovrebbe muoversi una *futura* disciplina legislativa per essere appunto conforme a Costituzione. Molti pronosticavano una decisione del genere ad esempio nel caso *Cappato*. In definitiva si può dire che nelle pronunce di inammissibilità “vestita” la tensione con la discrezionalità legislativa non sta nel dispositivo, che in effetti non modifica la situazione normativa, ma nella motivazione in cui si tracciano le coordinate al futuro (ed ipotetico) intervento legislativo.

Nelle sentenze di accoglimento additive di principio siamo di fronte ad uno schema singolare: la disciplina incostituzionale è rimossa con la parte ablativa della sentenza, ma non è sostituita con altra prodotta dalla Corte, bensì solo con la formulazione di un principio indirizzato al futuro legislatore. L'analogia con le pronunce precedenti è evidente, con la differenza però che i giudici comuni non disporranno più di una disciplina legislativa applicabile ai casi concreti, in quanto appunto rimossa dalla pronuncia di accoglimento. Orbene, fermo restando ovviamente che il principio ("additivo") enunciato dalla Corte *vincolerà* il legislatore in futuro se e nella misura in cui riterrà di conformarvisi, niente esclude che quel principio – nel vuoto legislativo creato dalla Corte – venga però immediatamente utilizzato e concretizzato dal giudice che intenda estrarne regole per la soluzione dei casi a lui sottoposti. Come si può notare, questa tensione con la discrezionalità legislativa indotta dalla formulazione del principio si produce però essenzialmente attraverso la mediazione del giudice nel momento in cui egli ne ricava la regola del caso concreto.

E' chiaro allora che una siffatta tipologia di sentenze potrà avere un qualche spazio nel diritto processuale penale (come è accaduto ad esempio con l'estensione della rinnovazione del processo in caso di condanna in violazione della Cedu: sentenza 113/2011), ma sarà tendenzialmente preclusa in materia sostanziale. Anche se la sentenza additiva di principio operasse in direzione favorevole al reo, il principio di legalità in materia penale – più che il rispetto della discrezionalità legislativa – dovrebbe tendenzialmente escludere soluzioni tali da attribuire al giudice il compito di effettiva individuazione della regola da applicare, almeno in tutte quelle aree in cui non sia tollerabile una giurisdizione *penale* operante per principi e non per regole.

Con la conseguenza ultima e apparentemente paradossale che in materia penale sostanziale saranno preferibili quelle sentenze che provvedono a fornire una disciplina anche molto specifica e determinata piuttosto che quelle di principio. Sebbene quelle sentenze si pongano in più forte tensione col legislatore proprio per il loro carattere dettagliato, e dunque fortemente "normativo" ed "invasivo", esse non conferiscono però poteri discrezionali al giudice privi di una adeguata base normativa generale e astratta. Ancora una volta, dunque, il principio di legalità *sub specie* di determinatezza sembra oggi prevalente sul principio di legalità *sub specie* riserva di legge.

Le decisioni *meno rispettose* della discrezionalità legislativa sono quelle che, dichiarando l'incostituzionalità della norma impugnata, s'impegnano poi nella ricostruzione di una disciplina (costituzionalmente conforme) senza però potersi appoggiare ad un *tertium comparationis* o senza seguire le famose "rime obbligate". L'argomento invocato dalla Corte per giustificare questa dilatazione dei suoi poteri è senz'altro molto forte. Come noto, la Corte ritiene ormai di non poter arrestare il suo

sindacato dinanzi alla impossibilità di trovare nel contesto legislativo una via obbligata per ricostruire una disciplina sostitutiva tutte le volte in cui non sia possibile limitarsi – per ragioni parimenti costituzionali – alla mera ablazione della norma viziata. Se così fosse, in tutti i casi così caratterizzati (insussistenza delle rime obbligate e impossibilità dell'intervento solo ablativo) che sono tutt'altro che rari, si creerebbero le altrettanto famose zone franche sottratte al sindacato di costituzionalità. Si rischierebbe così facendo di alimentare un pericoloso virus di infezione anticostituzionale promanante dal legislatore e molto pericoloso per la salute costituzionale del nostro ordinamento. Decisiva è poi l'ulteriore precisazione della Corte che ritiene insostenibile questo pericolo tutte le volte in cui siano in gioco diritti fondamentali, in quanto caratterizzanti il nucleo profondo dei nostri sistemi liberaldemocratici, cioè il volto più autentico delle nostre democrazie.

Tutto ciò non esclude, però, che la svolta – se di svolta si tratta – della Corte è altamente significativa e non poco problematica. La rinuncia al *tertium comparationis* comporta invero un'alterazione della struttura tradizionale delle decisioni manipolative poiché, senza il *tertium*, la *pars construens* della decisione della Corte viene formulata a seguito di un contatto per così dire diretto ed immediato col parametro costituzionale di riferimento: cioè secondo un meccanismo giuspoietico del tutto simile, per non dire identico, a quello che ordinariamente segue il legislatore nell'esercizio della sua più propria funzione di creazione legislativa in attuazione della Costituzione.

Più accortamente e più spesso la Corte oggi, nel fare a meno delle rime obbligate e del *tertium comparationis*, va alla ricerca di “punti di riferimento” preesistenti nel tessuto legislativo di contesto, cui attingere indicazioni per la *pars construens* della sua decisione di accoglimento. L'allentamento rispetto alla giurisprudenza delle rime obbligate è di tutta evidenza, e consapevolmente ammesso dalla Corte. In effetti, mentre le rime obbligate erano, appunto, cogenti nel senso che non lasciavano spazio alla discrezionalità della Corte nella ricostruzione di una disciplina che sarebbe stata la medesima anche se fosse stata assunta dal legislatore, i “punti di riferimento” sono ovviamente solo indicativi di una larga cornice entro la quale si possono senz'altro collocare plurime soluzioni normative tutte legittime e dunque possibili. Inoltre, e ancor più problematicamente, può darsi l'eventualità di una preliminare scelta degli stessi “punti di riferimento” qualora se ne ravvisi l'esistenza di plurimi. Anche se va subito aggiunto che pure la scelta tra i plurimi punti di riferimento dovrebbe essere costituzionalmente guidata.

Si consideri, ad esempio, la fondamentale sentenza sulla pena accessoria della bancarotta (n. 222/2018): posta l'incostituzionalità della misura fissa della pena accessoria, i possibili “punti di riferimento” per costruire la disciplina sostitutiva erano

almeno due e cioè l'art. 133 c.p. che demanda al giudice la determinazione in concreto della conseguenza sanzionatoria e l'art. 37 c.p. che stabilisce la durata della pena accessoria in misura identica a quella della pena principale. Ebbene, probabilmente il "punto di riferimento" più vicino alla questione apertasi con la declaratoria d'incostituzionalità era l'art. 37 c.p., in quanto regolativo proprio di un'ipotesi molto simile. La Corte ha invece ritenuto di assumere l'altro punto di riferimento, adottando la regola della determinazione svincolata della durata della pena accessoria, in nome del principio della massima individualizzazione della complessiva risposta sanzionatoria. E così facendo, per arrivare a scegliere tra "punti di riferimento" diversi, la Corte si è ispirata a un parametro costituzionale – quello dell'individualizzazione della pena – assumendolo evidentemente nella sua massima espansione possibile.

Infine, tra le decisioni più e quelle meno rispettose della discrezionalità legislativa esiste uno schema decisionale *intermedio*, consistente nelle pronunce d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata. L'espressione più interessante e innovativa di questo schema si è avuta nel c.d. *caso Cappato*. Come è notissimo, ad una ordinanza di sospensione del processo in cui però era già accertata la parziale incostituzionalità della disciplina dell'art. 580 c.p., ha fatto poi seguito la sentenza di accoglimento della questione dopo che il legislatore aveva lasciato trascorrere inutilmente il termine di sospensione (ord. 207/2018; sent. 242/2019).

In questo schema, che nel *caso Cappato* si è contratto in un processo unico ma che rimane sostanzialmente lo stesso anche quando ad una sentenza mòrito segue poi una sentenza di accoglimento negli stessi termini, si assiste certo ad un paradosso. Ed invero, mentre da un lato la Corte riconosce espressamente l'area di discrezionalità in cui impatterebbe l'accoglimento, tanto è vero che si astiene dal dichiarare l'incostituzionalità, dall'altro lato assume successivamente una decisione che non può che essere in tensione col limite della discrezionalità. Da un punto di vista strettamente logico-concettuale il paradosso non solo è reale, ma addirittura rischia di connotarsi come una vera e propria inammissibile contraddizione del *modus procedendi* della Corte. Da un punto di vista sostanziale, che guardi all'irrinunciabile incondizionatezza dei valori costituzionali, il paradosso si rivela solo apparente. Anzi, a ben vedere si tratta di un paradosso che realizza in verità un prezioso strumento di conciliazione tra l'irrinunciabile tutela costituzionale e il rispetto del limite della discrezionalità legislativa. E ciò anche in ragione del fatto che, una volta che il legislatore non abbia esercitato il suo discrezionale potere di legiferazione, si potrebbe addirittura ipotizzare che ci sia stata una sorta di implicita delega alla Corte del potere legislativo da parte dell'organo che ne è titolare in quanto legittimato democraticamente.

Amnesso, dunque, che lo schema – nelle sue diverse varianti – delle decisioni di incostituzionalità accertata ma non (contestualmente) dichiarata sia dunque ormai acquisito nello strumentario della Corte, rimane nondimeno qualche interrogativo concernente in particolare la “versione *Cappato*” di quello schema. Ad esempio, ci si può chiedere come sia conciliabile la nuova tecnica decisoria con la tendenza evidente nella più recente giurisprudenza ad assumere decisioni d'incostituzionalità direttamente manipolative nonostante la mancanza delle rime obbligate. Dovremo forse aspettarci un ridimensionamento di queste più ardite decisioni direttamente manipolative a vantaggio della tecnica sospensiva? Dovremo, invece, ritenere che la tecnica sospensiva sarà riservata solamente ai casi più “sensibili”, continuando per il resto la Corte a intervenire largamente con sentenze di incostituzionalità direttamente manipolative/creative?

Ed ancora: se per caso, sotto la spinta di un rinnovato ossequio al legislatore, dovesse prendere piede la tecnica sospensiva, non ci sarebbe così il rischio di forte rallentamento della decisione (“finale”) della Corte? Non ci sarebbe il rischio che, aumentando il numero delle decisioni sospensive, ne risulterebbe accentuata invece che attenuata la tensione col legislatore, il quale verosimilmente potrebbe trovarsi sommerso da un alto numero di sospensive inavase così da metterne in cattiva luce lo stesso prestigio?

In definitiva e per concludere: la nuova tecnica delle decisioni sospensive, ammesso che si diffonda nello strumentario decisorio della Corte, sarà da questa utilizzata in chiave di maggiore *self restraint* o al contrario per dilatare ulteriormente il suo raggio d'azione?

8. La sommaria ricostruzione fin qui effettuata delle più recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale in materia penale ci consente ora di concludere con qualche considerazione di fondo.

Prima di tutto, va sottolineato che il recente dinamismo della Corte costituzionale non è certo senza causa. Il sistema penale italiano è stato a lungo e continua ad essere scarsamente permeabile ai valori costituzionali: basti pensare al fatto che non si è riusciti a rinnovare il codice nonostante la sua originaria connotazione autoritaria. Se questa impermeabilità ai valori costituzionali è risalente, negli ultimissimi tempi sembra si sia addirittura accentuata una generale caduta di sensibilità delle forze politiche, di vario colore, per la dimensione costituzionale del diritto penale. Con la conseguenza, come dicevamo all'inizio, che la *salute costituzionale* del sistema è venuta a dipendere prevalentemente dall'intervento della Corte costituzionale.

Se le cause dell'accresciuto protagonismo della Corte anche in materia penale sono dunque chiare e tali da giustificarlo, rimane il fatto che il ruolo della Corte si

colloca probabilmente nel punto più alto e complesso degli equilibri tra gli organi costituzionali. Quale organo giurisdizionale di garanzia della Costituzione, la Corte non può certo vantare la stessa legittimazione democratica del legislatore ordinario: il famoso deficit di democraticità della Corte è, però, la condizione stessa per l'esercizio di quella funzione di garanzia proprio nei confronti della volontà legislativa e dei rischi di sopraffazione costituzionale della maggioranza; così come l'altra condizione necessaria di quella funzione di garanzia è l'esistenza di un potere di "annullamento" dell'atto legislativo in cui quella volontà si manifesta. Il necessario equilibrio tra questi due poteri consustanziali allo Stato democratico e costituzionale è garantito "operativamente" proprio da quell'idea di *discrezionalità legislativa* cui ampiamente ci siamo riferiti.

Sarebbe vano negare che progressive erosioni di quella discrezionalità legislativa da parte dei nuovi modelli decisorii della Corte introducono tensioni in quel delicatissimo equilibrio facendo inclinare l'asse del sistema a favore della *garanzia* rispetto al principio *democratico*. Non mancano infatti timori, circolanti ancora sottotraccia ma comunque percepibili, di un possibile allentamento del principio democratico via via che le decisioni ultime incidenti sulla fisionomia del sistema penale vengono a concentrarsi nelle mani di un'élite qualificata per la sua scienza giuridico-costituzionale. A questi timori, poi, si può aggiungere un'ulteriore preoccupazione. Si può paventare il pericolo che, quale conseguenza di questo nuovo ruolo assunto dalla Corte, quest'ultima finisca per essere trascinata nell'agone politico quotidiano venendo sottoposte le sue pronunce ad un dibattito (democratico!), che può però comportare una caduta dell'autorevolezza delle decisioni di quest'organo, che proprio nella autorevolezza trova la principale base della sua legittimazione.

Le preoccupazioni per uno sbilanciamento del sistema in senso antidemocratico sono dunque comprensibili. Ma non sono pienamente giustificabili. Occorre riflettere su qual è il significato di democrazia nei nostri moderni sistemi politici. In estrema sintesi, si può dire che la democrazia ha due facce: quella in fondo procedurale, che risiede nella rappresentatività democratica assicurata dai partiti e del meccanismo elettorale; e quella per così dire sostanziale, costituita dai diritti fondamentali dell'uomo a cominciare dalla dignità ed eguaglianza. In fondo, la democrazia procedurale è strumentale a quella sostanziale, poiché l'elezione di rappresentanti sulla base del suffragio universale ha un senso proprio perché costituisce il sistema migliore per garantire e sviluppare i diritti fondamentali di tutti. Anche se il sistema rappresentativo presuppone e crea delle élite, tuttavia il suo scopo non è questo bensì quello di assicurare a tutti lo sviluppo della personalità mediante la massima espansione possibile dei diritti.

Se è vero tutto ciò, allora la Corte, quando con talune sue decisioni erode un po' della discrezionalità legislativa perché solo così è possibile assicurare la massima tutela ai diritti fondamentali, non attenta alla democrazia ma contribuisce al suo rafforzamento. E il diritto penale è ineluttabilmente l'area in cui l'esigenza di tutela dei diritti si pone in modo più urgente e talvolta drammatico.

