

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresca-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida. Il testo completo del codice etico è consultabile su <https://sistemapenale.it/it/codice-etico>

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2021, p. 5 ss.

LA TRAIETTORIA DELLE RIME OBBLIGATE

Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva

di Diletta Tega

Il contributo affronta le ragioni della nascita e dell'aggiornamento della dottrina costituzionale delle cd. rime obbligate in seguito alle pronunce adottate dalla Corte costituzionale nel periodo 2016-2020. L'ottica prettamente costituzionalistica dello studio offre ai lettori di Sistema penale una riflessione d'insieme sulle tre ragioni di sistema che hanno spinto il Collegio ad innovare una delle sue più longeve costruzioni interpretative: i) la natura per così dire fluida delle dottrine costituzionali; ii) la capacità della Corte di adattarsi al contesto giuridico, politico, storico e sociale e ai suoi mutamenti; iii) la costante ricerca e conservazione di legittimazione, al pari di tutte le grandi istituzioni democratiche del nostro ordinamento.

SOMMARIO: 1. Perché la Corte costituzionale considera le proprie *dottrine* modificabili. – 2. Perché la Corte costituzionale ha creato la dottrina delle cd. rime obbligate. – 2.1 Il germe trasformativo del ruolo della Corte. – 2.2 L'itinerario scientifico di Vezio Crisafulli. – 2.3 Lo sviluppo della dottrina. – 3. Perché la Corte costituzionale aggiorna la dottrina delle cd. rime obbligate in quella dei cd. versi sciolti. – 4. In conclusione: una rimediazione in nome della garanzia della coerenza legislativa.

1. Perché la Corte costituzionale considera le proprie *dottrine* modificabili.

Molto scalpore ha suscitato una serie di pronunce della Corte costituzionale, adottate tra il 2016 e il 2020, che sono sembrate prefigurare una sorta di superamento della tradizionale dottrina delle cd. rime obbligate. I lettori di *Diritto penale contemporaneo* e poi di *Sistema penale* hanno potuto seguire questo ultimo sviluppo della classica teoria crisafulliana, attraverso un approccio soprattutto penalistico¹.

¹ Mi riferisco, per esempio, alle riflessioni di D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, pp. 48 ss.; F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, 2, pp. 61 ss.; 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, pp. 1 ss.; R. BARTOLI, [La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via](#), in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, pp. 150 ss.; C. BRAY, [Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2019, pp. 1 ss.; G. LEO, [Novità dalla Consulta in materia di omicidio e lesioni stradali](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2019, p. 1 ss.; C. CUPELLI, [Il Parlamento decide di](#)

Questo scritto propone una riflessione costituzionalistica d'insieme sulle ragioni di sistema che hanno spinto il Collegio ad innovare una delle sue più longeve costruzioni interpretative.

Una prima ragione alla base dell'agire della Corte ha a che fare con la possibilità, in caso di necessità, di aggiornare le sue *dottrine*. Una seconda ragione è legata alla capacità di adattamento della Corte al *contesto* nel quale si trova ad operare: al mutare del primo, può conseguire anche un adattamento dell'operare del Collegio. La terza e, in ultima analisi, principale ragione, è la perenne ricerca di *legittimazione* perseguita dalla Corte.

Per *dottrine* della giurisprudenza costituzionale intendo quelle costruzioni interpretative, intermedie tra il diritto positivo e i singoli casi, che stanno al centro delle decisioni, e che risentono anche del *contesto* in cui la Corte opera, del ruolo che essa assume al suo interno, ma anche della consapevolezza che il giudice costituzionale viene a maturare nel tempo². Si tratta di teorie molto simili, se si vuole, a quelle elaborate dalla dottrina nel campo della interpretazione scientifica, ma poiché non sono create in sede di interpretazione scientifica, bensì in sede di applicazione giudiziaria del diritto operano in modo peculiare: se si vuole, meno dogmatico e sistematico, più pragmatico e talora persino empirico. A tal proposito mi sembra molto significativo ricordare quanto scriveva Paul Freund, esperto di giustizia costituzionale e maestro americano di Antonio La Pergola, «The Courts are the sub-stations that transform the high-tension charge of the philosophers into the reduced voltage of a serviceable current»³. Calzante, a questo riguardo, è certamente anche la distinzione che Gustavo Zagrebelsky ha tracciato tra come opera e pensa uno studioso di diritto costituzionale e come opera e pensa un giudice costituzionale⁴: la sua ipotesi di una differenza di natura tra il diritto nella dimensione teorica e il diritto nella dimensione pratica mi pare trovi conferma nella genesi della dottrina delle cd. rime obbligate che la stagione giurisprudenziale odierna, anche definita del cd. ri-accentramento⁵, ha aggiornato. In riferimento allo sviluppo della

[non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa](#), in questa *Rivista*, 2019, 12, pp. 33 ss.; F. CONSULICH, [Così è se vi pare. Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile](#), in questa *Rivista*, 10 aprile 2020; M. DONINI, [Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male](#), in questa *Rivista*, 10 febbraio 2020, pp. 1 ss.

² Mi trovo d'accordo con quanto scrive M. DONINI, [Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto](#), in questa *Rivista*, 20 dicembre 2019, pp. 1 ss., in part. p. 27: «Dottrina vs. giurisprudenza non equivale a interpretazione vs. diritto. La giurisprudenza fa dottrina e fa diritto, al pari dello studioso. Con una differenza principale: che produce in documenti pubblici un diritto casistico nel segno della divisione dei poteri, mentre il raccordo dei casi col ius non è opera solo giudiziale. Il vero potere giudiziale non è di costruire regole generali, ma regole concretizzate, adattando al caso regole rilette dentro e attraverso un ius che non appartiene a una singola istituzione».

³ P.A. FREUND, *The Supreme Court of the United States*, Meridian Books, 1961, p. 114. Riporto l'efficace traduzione che ne fece La Pergola, abilissimo conoscitore della lingua anglosassone, «il giudice deve saper ridurre l'alta tensione delle sue riflessioni e convinzioni teoriche al voltaggio che gli serve per poter risolvere la concreta controversia di cui è investito», in ID., *L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno*, *Rivista di diritto europeo*, 1994, 4, pp. 651 ss., in part. pp. 660-664.

⁴ ID., *La Corte costituzionale italiana*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Giuffrè, 2009, pp. 65-68.

⁵ Sia consentito rinviare per un'analisi delle caratteristiche dell'attuale stagione del cd. ri-accentramento al

giurisprudenza costituzionale più recente – all’incirca dal 2011, e con maggiore chiarezza dal 2014 – contrassegnata da una serie di scelte inedite che hanno riguardato tanto il merito quanto il rito, utilizzo appunto il termine ri-accentramento in un duplice significato. Innanzitutto, intendo che la Corte costituzionale ha assunto o ri-assunto compiti che, attraverso le decisioni di inammissibilità, aveva “lasciato” o al legislatore o all’autorità giudiziaria. In questa accezione il cd. ri-accentramento indica un’espansione della giurisdizione attraverso sia una sorta di produzione giurisprudenziale della norma, sia il ruolo crescente del giudice nella soluzione del conflitto politico, sia una contrazione della valorizzazione dei momenti di diffusione, nel senso di attribuzioni riconosciute all’autorità giudiziaria. Mentre il significato tecnico allude, ovviamente, ad un rafforzamento dei profili di accentramento nel sistema di giustizia costituzionale. Numerosi indici confermano il superamento di filoni giurisprudenziali ben consolidati.

Tali *dottrine* elaborate dal giudice costituzionale (spesso *a posteriori*) costituiscono dunque una modalità di rinnovazione costante della *legittimazione* dell’organo in un *contesto* istituzionale e sociale in cambiamento. Anche quando si tratta di *dottrine* processuali – teoricamente, tutte interne a un settore neutro, tecnico, separato del diritto costituzionale, quale dovrebbe appunto essere il processo costituzionale – esse hanno spesso risvolti sostanziali, istituzionali o comunque di sistema, nei quali si avverte con chiarezza l’influenza dei fattori di cui sopra. Poiché tale tipo di *imprinting* condiziona la vita delle teorie elaborate dalla Corte, può capitare che, di fronte a casi nuovi o a contesti mutati, queste costruzioni evolvano.

Dall’esperienza storica che caratterizza la nostra Corte, emerge chiaramente che tutto, o quasi, sia stato lasciato alle sue *doctrines*, sin dall’inizio del suo operato nel 1956: più in generale, cruciali si sono rivelate le capacità dei giudici costituzionali, di volta in volta presenti nel Collegio, di riempire di significato le scarse e insufficienti disposizioni normative ad essa dedicate⁶. La Corte crea e adatta le proprie *dottrine* adeguandosi alle

mio studio sull’argomento, D. TEGA, *La Corte nel contesto*, BUP, 2020, in part. pp. 23 ss. Usa il termine con accezione molto critica, descrivendo un «forte rigurgito di ‘riaccentramento’ del sindacato presso la Consulta», A. RUGGERI, *Giudice o giudici nell’Italia postmoderna*, in *Giustizia insieme*, 2019. Sono ricorsi a tale espressione anche G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, 2017, in part. pp. 310 ss.; R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all’«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2018, I, cc. 2227 ss.; M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, pp. 644 ss.; R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa, Giappichelli, 2020, pp. 13 ss. Non è del resto una casualità che il Seminario del 2018 del Gruppo di Pisa sia stato intitolato *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, e che il titolo del Convegno del 2019 di Federalismi (rimandato poi al 13 novembre 2020) sia stato ancor più esplicito, *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*.

⁶ Si pensi alla latitudine con la quale la Corte esercitò il potere regolamentare, ben oltre il dettato della legge n. 87 del 1953, per adottare le norme integrative del 1956, a dimostrazione della concezione che i primi giudici costituzionali avevano del significato e delle caratteristiche delle funzioni che essa avrebbe esercitato e della consapevolezza delle innovazioni che stavano introducendo. In sostanza, il primo Collegio arrivò nel giro di poche settimane ad integrare direttamente la legge n. 87, risultata frammentaria e incompleta anche dal punto processuale. È già a questo momento che può essere fatta risalire la disinvoltura con cui il giudice

mutazioni del *contesto* sia esso giuridico, istituzionale, storico o sociale. *Contesto*, in questo frangente, può significare molte cose: il tipo di domande rivolte alla Corte da una società che è sempre più insoddisfatta delle risposte della politica e si rivolge agli organi di garanzia, chiedendo loro di intervenire a tutela, ad es., delle libertà civili e sociali, della famiglia, del lavoro, del processo, in sostituzione temporanea o talora addirittura definitiva del legislatore⁷; i rapporti della Corte con le altre istituzioni di garanzia e con quelle di governo, alla luce dei rispettivi modi di funzionare (o di non funzionare...); l'affermazione di nuovi paradigmi giuridici – penso soprattutto a quelli sovranazionali – che, se non rivendicano esplicitamente una natura costituzionale, sicuramente influenzano il costituzionalismo nazionale.

E così, per esempio, l'attuale stagione giurisprudenziale del cd. ri-accentramento, per quanto interessa in questa sede, si può interpretare anche come una reazione a un *contesto* caratterizzato da molteplici e ben noti *tradimenti* della legalità⁸, in particolare da un crescente disordine normativo, dovuto a una legislazione spesso *impulsiva* (si pensi a questo riguardo alle scelte di politica criminale venate di populismo penale⁹) e mal coordinata con l'ordinamento costituzionale; dal cd. fenomeno della decodificazione del diritto penale che, nel privilegiare interventi settoriali, ha portato ad un affastellarsi ipertrofico e confuso di fattispecie penali, inserite in testi legislativi disorganici¹⁰; dall'incapacità del Parlamento di perseguire un coerente e generale ripensamento della politica criminale, come dimostra in maniera marchiana la mancata riforma del codice penale del 1930; dall'abuso della riserva di legge intesa come riserva di fonte (e non di

delle leggi è abituato a fare uso del processo costituzionale

⁷ Così, per esempio, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici dell'Italia repubblicana*, Laterza, 2012, p. 57. A tal proposito vale la pena ricordare le parole del Presidente emerito Silvestri: «Tra una Corte amante del quieto vivere, che spende il suo ingegno a trovare buone motivazioni per non decidere su questioni di grande rilevanza etico-sociale, civile e politica, e una Corte che si sforza – anche eccedendo, talvolta! – di non frustrare l'aspettativa di giustizia di cittadini che ad essa si rivolgono fiduciosi, preferisco nettamente la seconda», ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, in www.questionegiustizia.it, 13 novembre 2020, p. 15.

⁸ Così li definisce F. PALAZZO, [Legalità fra law in the books e law in action](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, 3, pp. 4 ss., in part. p. 5. Il tema è oggetto di numerose riflessioni, sia ad opera della dottrina penalistica che di quella costituzionalistica, che non possono essere qui richiamate in modo esaustivo. Si ricordano, fra i contributi più recenti, almeno V. MANES, V. NAPOLEONI, *Le legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, 2019; G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale tra principi e democrazia*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Convegno scientifico organizzato dalla Corte costituzionale 19-20 maggio 2016, Giuffrè, 2017, pp. 325 ss., in part. pp. 358 ss.; e ancora il dibattito ospitato in *Criminalia* 2011. In riferimento alla dottrina costituzionalistica si rinvia a M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, 4, pp. 1 ss., in part. pp. 3 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Franco Angeli, 2015; F. BAILO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Giuffrè, 2012.

⁹ Sul tema si veda almeno, S. ANASTASIA, M. ANSEMI, D. FALCINELLI (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Wolters Kluwer, CEDAM, 2015; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in [questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 1, 2019, pp. 1 ss.

¹⁰ A tal proposito si ricorda l'introduzione nel codice penale della cd. riserva di codice, cfr. C. RUGA RIVA, [Riserva di codice o di legge organica: significato, que sostioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 1, pp. 206 ss.; M. DONINI, [La riserva di codice \(art. 3-bis c.p.\) tra democrazia e normative e principi costituzionale. Apertura di un dibattito](#), in *Legislazione penale*, 20 novembre 2018, pp. 1 ss.

organo) che, nella prassi, si è reso necessario, ma ha concorso a produrre norme di qualità davvero modesta¹¹; dalla tendenza a ricorrere a fonti secondarie per completare i precetti penali; dagli spazi offerti (anche a causa della scadente qualità della normazione) all'interpretazione giurisprudenziale, ben oltre entro i limiti di una chiara *regula iuris*¹²; nonché dalla dilatazione del ruolo di altre istanze di garanzia dei diritti – Corte EDU, Corte di giustizia, giudici comuni anche in relazione al diritto CEDU e UE e attraverso l'interpretazione conforme – che però hanno caratteristiche differenti, in particolare una minore (o nulla) prospettiva sistemica¹³.

¹¹ Si tratta di «leggi affrettate, che nella stessa materia si succedono senza dare modo all'interpretazione di affinarsi e stabilizzarsi; articoli composti a volte da centinaia di commi eterogenei; sequenze di commi che si aggiungono nel tempo come *bis, ter, quater* e così via», cfr. G. LATTANZI, [Intervento del Presidente della Scuola Superiore della Magistratura all'incontro del Presidente della Repubblica con i magistrati ordinari in tirocinio](#), Roma, 26 febbraio 2020, in questa *Rivista*. Si è scritto esplicitamente di un odierno imbarbarimento del diritto penale, cfr. F. GIUNTA, *Note minime su politica criminale e controllo di costituzionalità*, in *disCrimen*, 2019, pp. 1 ss., in part. p. 6; si è denunciato, in particolare: «il deperimento della *lex parlamentaria*, soppiantata da un “diritto vivente” che privilegia anche gli spazi liberi suggeriti dalle fonti e dalle giurisprudenze sovranazionali; l'infoltirsi della coorte dei teorici dell'interpretazione, fino ad infrangere le barriere dell'analogia; una funzione di governo dei conflitti affidata immediatamente al potere giudiziario e alle élite che da esso provengono», così, ricordando Franco Bricola, G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 2019, 2, pp. 25 ss., in part. p. 26; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 2. Più in generale, N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 317 ss. Sugli effetti negativi che un legislatore populista ha sulla funzione di equilibrio che la legge parlamentare è chiamata a svolgere tra pluralismo sociale e unità dell'ordinamento giuridico, si veda l'interessante riflessione di N. LUPO, *Populismo legislativo?: continuità e discontinuità nelle tendenze della legislazione italiana*, in *Ragion pratica*, 2019, 1, pp. 251 ss.; ancora G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Giappichelli, 2019, pp. 60-64. Dura a questo proposito è stata la reazione della Corte costituzionale nella nota pronuncia n. 32 del 2014 in cui si è raccomandato di seguire, in occasione di riforme pervasive, le procedure del procedimento legislativo ordinario. Ma già in altre decisioni il medesimo auspicio era stato espresso.

¹² Così F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, pp. 1 ss., in part. p. 38. Spazi che possono connotarsi per ambiguità, imprevedibilità e autoritarismo ben intenzionato, termine coniato agli inizi degli anni '80 del secolo scorso da Pulitanò e ripreso recentemente ID., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 1, pp. 29 ss. Sul fatto che il sistema penale sia caratterizzato da una ormai generalizzata sovrapposizione di un tipo giurisprudenziale a quello legale cfr. F. CONSULICH, *Così è se vi pare. Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, cit. (anche per riferimenti dottrinali).

¹³ Sulla diversa prospettiva sistemica e sulle difficoltà del dialogo tra giudici, sia permesso rinviare a D. TEGA, *I diritti in crisi*, Giuffrè, 2012. Si tratta del cd. europeismo giudiziario come lo definisce, per esempio, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, p. 47. Sulle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali cfr. AA.VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 4; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike, 2012; C. SOTIS, *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2012. Sottolinea che l'attivismo giudiziario, cresciuto all'ombra del confronto tra Corti nazionali e sovranazionali, ha dilatato la discrezionalità dell'interprete e l'incertezza G. INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, II, pp. 2351 ss. Vanno poi considerate le difficoltà ulteriori collegate a posizioni diametralmente opposte rispetto a medesimi problemi talvolta sostenute dalle Corti UE e CEDU, da ultimo evidenziate con riferimento alla distinzione tra libertà personale e di circolazione dei richiedenti asilo trattenuti in zone di transito, da S. ZIRULIA, [Per Lussemburgo è “detenzione”, per Strasburgo no:](#)

A che cosa rispondono, in ultima analisi, la continua costruzione di *dottrine* e il costante adeguamento al *contesto* se non proprio all'approvvigionamento perenne di legittimazione? In ultima analisi, alla base di questa sorta di fluidità e di mutare degli orientamenti giurisprudenziali, a fronte di una normativa che non è cambiata nel tempo¹⁴, sta il costante tentativo di approvvigionarsi del massimo possibile di *legittimazione*: come scriveva Leopoldo Elia, la Corte, al pari di tutti gli istituti delle democrazie moderne, ha bisogno di una continua ri-legittimazione ed occorre soddisfare tale bisogno¹⁵.

A mio modo di vedere proprio la perenne ricerca e conservazione della *legittimazione* costituiscono l'impulso sotterraneo con cui il giudice costituzionale si confronta costantemente e che lo porta talora ad assumere posizioni che possono apparire – e possono essere legittimamente criticate – come imprecise, oscillanti e talora come veri e propri sconfinamenti in campi altrui. In questa ottica, la ricerca di *legittimazione* è la più convincente motivazione alla base dell'agire del Collegio costituzionale e, di conseguenza, della attuale configurazione del ruolo della Corte.

2. Perché la Corte costituzionale ha creato la dottrina delle cd. rime obbligate.

Tuttavia, prima di entrare nel merito di come, dal 2016 in poi, le cd. rime obbligate siano diventate cd. versi sciolti, può essere utile ritornare sull'intreccio che ho evidenziato: e cioè come il *contesto* (inteso come anche come il segmento di storia politico-costituzionale) forgi, evolvendolo senza sosta, lo strumentario decisorio della giurisprudenza della Corte e come le stesse dottrine elaborate dal giudice costituzionale (spesso *a posteriori*) costituiscano anche una modalità di rinnovazione costante della *legittimazione* dell'organo in un contesto istituzionale e sociale in cambiamento.

Di tale intreccio sostengo che siano emblematiche le origini della teoria delle cd. rime obbligate: un caso esemplare di alleanza fra pragmatismo giurisprudenziale ed elaborazione scientifica, in cui la dottrina si fa letteralmente *amica curiae* e delinea il fondamento, la giustificazione e i limiti di quanto la Corte costituzionale si era trovata a fare. Superare lo iato tra la concretezza dei problemi giudiziari e le altezze dogmatiche è stato possibile, grazie all'intervento di Vezio Crisafulli, il cui metodo – secondo un'autorevole ricostruzione del suo lavoro scientifico sulla giurisprudenza costituzionale – è essenzialmente logico-sistematico¹⁶, ma guarda con attenzione alle esigenze pratiche e alle conseguenze delle costruzioni teoriche, nella convinzione che

[verso un duplice volto della libertà personale dello straniero nello spazio europeo?](#), in questa *Rivista*, 25 maggio 2020, pp. 1 ss.

¹⁴ La disciplina positiva sulla Corte costituzionale era, a dir poco, schematica e lacunosa – e tale in gran parte è rimasta ancora oggi, non essendo mai intervenuta una rimediazione organica della legge n. 87 del 1953.

¹⁵ L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, cit., p. 130.

¹⁶ S. BARTOLE, *Introduzione al Convegno*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993, CEDAM, 1994, pp. 15 ss., in part. pp. 21-22.

debbano essere queste ultime ad adeguarsi «ai dati normativi della realtà, e non viceversa»¹⁷.

Il risultato di questa alleanza è stato imponente: le decisioni, che in base all'art. 136 Cost. avrebbero dovuto essere semplicemente di accoglimento o di rigetto¹⁸, si sono articolate negli anni, attraverso un vero e proprio effetto domino, in un efficace armamentario di tipologie multiple, che ancora di recente ha suscitato originali tentativi di classificazione¹⁹.

Qui serve, dunque, richiamare, da un lato, la situazione in cui la Corte si era trovata ad operare facendo leva sulla convinzione che si possa ragionare di essa e della sua attività in termini di stagioni giurisprudenziali e, dall'altro, l'itinerario scientifico di Crisafulli.

2.1. *Il germe trasformativo del ruolo della Corte.*

Nel primo periodo di attività, la Corte perseguì un duplice scopo: la necessaria autolegittimazione e la *bonifica* della legislazione pre-repubblicana – la cd. grande supplenza, giustificata dall'inerzia o comunque dalla lentezza del legislatore, ma anche accompagnata dal timore di aprire lacune nell'ordinamento.

Venendo al tema specifico di queste pagine²⁰, tutto ha inizio con le sentenze nn. 3 e 8 del 1956. La prima riguarda la responsabilità penale del direttore di giornale e la questione se essa sia personale o per fatto altrui, se dunque richieda o meno la violazione almeno colposa (oltre cosciente e volontaria) di obblighi di vigilanza e controllo. La seconda sentenza riguarda la questione se l'art. 2 TULPS abiliti il Prefetto a vietare con ordinanza lo strillonaggio e la vendita di giornali a domicilio (e in generale a limitare libertà costituzionalmente garantite). In entrambi i casi, pur consapevole delle possibilità di interpretazioni e applicazioni variegata, la Corte si astiene dall'annullare le norme in questione e ne suggerisce una lettura che le adegui all'ordinamento repubblicano²¹.

¹⁷ F. MODUGNO, G. D'ALESSANDRO, *Il contributo di Vezio Crisafulli alla rivista "Giurisprudenza costituzionale"*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Giuffrè, 2006, pp. 560 ss., in part. p. 623.

¹⁸ A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 4, in part. pp. 3096 ss.

¹⁹ C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della corte costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 105.

²⁰ Mi riferisco a dibattiti notissimi che hanno prodotto ampi e numerosi studi. Ci si limita, pertanto, a richiamare esemplarmente solo alcuni contributi: prime fra tutti, le voci di Crisafulli nell'*Enciclopedia del diritto* dedicate a *Atto normativo* (vol. IV, 1959), *Disposizione (e norma)* (vol. XIII, 1964) e *Fonti del diritto* (vol. XVII, 1968). Si tratta di testi fondamentali, che segnano il passaggio degli studi sulle fonti dal settore del diritto civile a quello del diritto costituzionale e costituiscono tuttora punti di riferimento, sia pure da discutere (cfr. A. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla Enciclopedia del diritto alle nuove frontiere*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 2, pp. 351 ss., in part. pp. 354-355), sia pure in un contesto più movimentato e incerto. F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, 2007, pp. 51 ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2^a ed., Cedam, 2012.

²¹ Si vedano V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con*

Dunque, già in questo periodo la tipologia di decisioni si amplia: nei due casi menzionati alle sentenze interpretative di rigetto; poi alle simmetriche di accoglimento; poi ancora a quelle oggi comunemente chiamate manipolative (ablative, additive, sostitutive)²². Questa evoluzione fa scuola in Europa e pone le basi, su cui poi la Corte continuerà a costruire²³, che le permetteranno di svolgere un ruolo cruciale nei periodi seguenti e più problematici della sua storia, quando dovrà valutare la legislazione repubblicana.

Sempre in questo periodo la Corte amplia i canali di accesso, estendendo le categorie di autorità giurisdizionale e di giudizio; cerca sostegno nell'opinione pubblica²⁴; chiede collaborazione istituzionale da parte del Parlamento e del Governo, ma anche della magistratura²⁵; sviluppa il giudizio di ragionevolezza, anche per quei tratti che caratterizzeranno, in seguito, il giudizio di razionalità²⁶. Le critiche non mancano: del resto, quella della giustizia costituzionale era una pagina ancora quasi tutta da scrivere, sulla quale sin dal tempo dell'Assemblea costituente si erano avute ben note incertezze e dubbi²⁷.

A cominciare dalla metà degli anni '60 del secolo scorso e poi con sempre maggior frequenza, la Corte iniziò a lavorare a ridosso della politica, spostando l'attenzione principalmente sulla legislazione repubblicana e servendosi degli strumenti a disposizione per svolgere una supplenza di tipo diverso dalla precedente. Questa

l'interpretazione giudiziaria, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 929 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1957, pp. 351 ss.; E.T. LIEBMAN, *Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, pp. 569 ss.

²² L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, 1985, pp. 313 ss., 306-307. Per Elia, la prima sentenza additiva è stata la n. 168 del 1963, che annullò la legge istitutiva del CSM, nella parte in cui escludeva l'iniziativa dello stesso Consiglio per le deliberazioni di sua competenza (riservandola al Ministro della giustizia, in contrasto con quanto inizialmente proposto).

²³ Si veda l'analisi di A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, cit., in particolare pp. 3088-3104.

²⁴ Si vedano le parole del Presidente Sandulli in occasione dei primi dodici anni della Corte in A. SIMONCINI, *ibidem*, cit., p. 3081.

²⁵ Il riferimento classico è alla mozione conclusiva del convegno dell'Associazione nazionale magistrati (nella quale erano rappresentati solo magistrati di merito e non di Cassazione) di Gardone del 1965. Come si sa permangono inizialmente, nonostante gli sforzi della Corte, una certa diffidenza di una parte consistente del mondo politico e delle magistrature più elevate. Cfr., almeno, A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in S. PANIZZA, A. PIZZORUSSO e R. ROMBOLI (a cura di), *Testi e questioni di Ordinamento giudiziario e forense*, Plus, 2002, p. 9; A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario in Italia*, il Mulino, 1974; ID., *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, 1990, pp. 50 ss.

²⁶ Il riferimento immediato è a L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit.; G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia costituzionale*, il Mulino, 1988, p. 147 ss. Più in generale, cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, 2001; ID., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II, t. 2, Giuffrè, 2008, pp. 185 ss.; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000.

²⁷ Come magistralmente ricordato, il potere legislativo avverte che, con l'istituzione della Corte, qualcosa gli era tolto, mentre il potere giudiziario avverte che qualcosa non gli era stato dato che, in ipotesi, avrebbe potuto essergli dato, giacché il controllo sulla costituzionalità delle leggi sarebbe ovviamente spettato ai giudici comuni, se non si fosse istituito un organo apposito, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, pp. 1694 ss., in part. pp. 1698-1699.

seconda fase è certamente meno lineare perché come è stato puntualizzato, la Corte inizia a sindacare legislazioni adottate nella legislatura precedente o, addirittura, in quella in corso²⁸.

In tutto questo, il Parlamento si dimostrò sostanzialmente acquiescente. Beninteso, reazioni critiche vi furono anche dalla politica. La legge n. 2 del 1967, nel modificare la disciplina per il rinnovamento della Corte costituzionale, aveva ridotto il mandato dei giudici da dodici a nove anni, e questo è stato letto²⁹ come un tentativo di restringerne l'indipendenza. Occasionalmente, i clamori politici furono anche insolitamente elevati: segnatamente con riguardo a episodi in cui le manipolazioni effettuate comportavano oneri a carico dell'erario³⁰. Queste sono state però vicende solo episodiche: nella riflessione parlamentare sulle riforme costituzionali, soprattutto in seno alla Commissione Bozzi (costituita nella IX legislatura), qualcuno sollevò il problema delle sentenze manipolative, ma ciò non ebbe pressoché alcuna eco nemmeno nei documenti conclusivi dei lavori³¹.

È dunque essenzialmente la dottrina a interloquire con la Corte costituzionale su questo delicato passaggio, in cui è racchiuso il germe trasformativo del ruolo che la Corte è venuta ad acquisire sino ad oggi.

2.2. L'itinerario scientifico di Vezio Crisafulli.

Ed è Vezio Crisafulli ad avere un ruolo decisivo nell'elaborazione della teoria che lui stesso, come vedremo, definirà con la formula delle cd. rime obbligate. Conviene però fare un passo indietro, per ripercorrere sia pure in estrema sintesi il tratto anteriore del cammino scientifico di questo Autore³². Sin dagli anni '30, egli aveva guardato alla

²⁸ Per tutti, L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, il Mulino, 1982, p. 528; M. LUCIANI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA. VV., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Giuffrè, 1989; G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 2, pp. 273 ss.; se si vuole anche G. D'AMICO, D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO (a cura di), *Vent'anni di costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, il Mulino, 2015, pp. 551 ss.

²⁹ Dallo stesso V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale*, in G. MARANINI (a cura), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, 1966, pp. 83 ss.

³⁰ Il riferimento è alla questione dello stipendio dei professori universitari, sentenza n. 219 del 1975, citata anche da Crisafulli nel celebre scritto *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit.

³¹ Cfr. ancora L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., pp. 313 ss., in part. p. 314-318. Analoghe le conclusioni di G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1992, pp. 61 ss., in part. pp. 89-90, con riguardo ai problemi delle coperture finanziarie delle sentenze: attraverso l'art. 7 della legge n. 362 del 1988 (che aggiunse l'art. 11-ter alla legge n. 468 del 1978, ivi cfr. comma 7), il Parlamento si fece sostanzialmente carico, insieme al Governo della responsabilità di trovare a posteriori le risorse necessarie, come negli altri casi di scostamenti rispetto alle previsioni di spese o entrate.

³² Sul quale cfr. almeno AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale, Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993,

norma giuridica come fattore di innovazione sociale, estendendo la propria considerazione dal momento dell'approvazione legislativa sino a quello dell'interpretazione. Da qui la convinzione, nella polemica con Giuseppe Maranini, che in primo piano debba stare, piuttosto che la storia, l'ordinamento come sistema, la cui pura e semplice descrizione ordinata – intesa come sintesi delle relazioni strutturali e funzionali tra le varie disposizioni – è già essa stessa dogmatica³³. Un ragionamento analogo, basato sulla considerazione sistematica dell'ordinamento, era proposto da Crisafulli anche in riferimento ai principi del diritto: dapprima nel noto dibattito del 1941 con Emilio Betti sull'opportunità di una loro codificazione; successivamente, in età repubblicana, ragionando sui mezzi giuridici per garantire l'operatività delle disposizioni costituzionali di principio, in reazione alle numerose resistenze e reticenze degli stessi organi dello Stato³⁴. Come Costantino Mortati, anche Crisafulli era impegnato nel tentativo di dare forma giuridica a vaste aree che, altrimenti, sarebbero rimaste consegnate al politico³⁵. Tuttavia, ha ricordato Livio Paladin, Crisafulli adottava una concezione interamente normativa di ciò che Mortati avrebbe chiamato «costituzione materiale» e ricostruito in termini giuridico-politologici: per Crisafulli, i principi fondamentali erano le norme di base desunte attraverso gradualità generalizzazioni dall'ordinamento vigente³⁶. Sono evidenti già qui i rapporti non sempre univoci tra disposizioni e norme, mediati dall'estraneazione dei singoli atti normativi rispetto alla volontà storica dei loro autori e dall'integrazione delle norme nel sistema; recuperare la coerenza dell'ordinamento è poi compito dell'interpretazione, della dottrina e della giurisprudenza, tra le quali il rapporto è dialettico, fermo restando che la critica scientifica non può contestare, in presenza di più norme alternative desumibili dalle pertinenti disposizioni e tra loro incompatibili, i giudizi di valore con cui il giudice prende, come è suo dovere, posizione³⁷.

Venendo più da vicino alla Costituzione repubblicana, ancora Livio Paladin³⁸ ricorda che Crisafulli (già componente della Commissione Forti, ma non della Costituente) non negava in radice la distinzione fra norme precettive e programmatiche, ma era preoccupato di evitare che le seconde venissero estromesse dal novero delle norme giuridiche, lasciando libero il campo alle leggi ordinarie magari antecedenti al gennaio 1948, ed invertendo in tal modo il rapporto fra legislazione e costituzione.

CEDAM, 1994; M. SIRIMARCO, *Veio Crisafulli. Ai confini tra diritto e politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Veio Crisafulli*, Grafica editrice Romana, 2011.

³³ S. BARTOLE, *Introduzione al Convegno*, in AA.VV., *Il contributo di Veio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, *Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993*, cit., pp. 15 ss., in part. pp. 21-22.

³⁴ Una sintesi di questo percorso e tutti i riferimenti principali sono in A.A. CERVATI, *Veio Crisafulli nella didattica e nello studio del diritto costituzionale*, in AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Veio Crisafulli*, cit., pp. 71 ss.

³⁵ M. SIRIMARCO, *Veio Crisafulli*, cit., p. 17.

³⁶ L. PALADIN, *Gli anni della formazione*, in AA.VV., *Il contributo di Veio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., pp. 30 ss. sp. p. 32 e p. 34.

³⁷ A. D'ATENA, *Teoria delle fonti, teoria dell'atto e problematicismo nel pensiero di Veio Crisafulli*, in AA.VV., *Il contributo di Veio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., pp. 103 ss., in part. 105.

³⁸ L. PALADIN, *Saggi di storia costituzionale*, S. BARTOLE (a cura di), il Mulino, 2008, p. 184.

Ancora una volta, ciò che emerge dalle parole di Crisafulli «con cristallina chiarezza è la necessità per il giurista in genere (e per il costituzionalista in specie) di non perdere d’occhio il ricambio continuo tra sistema normativo e sistema sociale, dal quale si possono trarre, senza sconfinare nell’arbitrarietà decisionista, gli elementi per valutare i processi dinamici delle istituzioni e della società civile, viste nei loro rapporti reciproci»³⁹. Come Crisafulli aveva osservato già nel 1940, gli studi di diritto costituzionale sono «sentinelle avanzate o guardie di frontiera tra diritto e non diritto»; la loro impostazione solidamente dogmatica non ha nulla di autoreferenziale, ma serve a «“cappare” [...] le nuove idee e tendenze politiche al loro primo entrare nel mondo del diritto e, quindi, [ad] apprestare la base tecnica per le ulteriori esplicazioni ed applicazioni»⁴⁰.

Come si è già detto, la giurisprudenza costituzionale tocca pressoché immediatamente alcuni dei problemi centrali per garantire piena giuridicità ai principi repubblicani: i difetti della legislazione, che la politica tardava a riformare; la possibilità di interpretazioni e applicazioni multiple, non tutte coerenti con la Costituzione; il rischio di conflitto con i giudici comuni e soprattutto con la Cassazione; la necessità di evitare che, a causa di tutto questo (delle possibili interpretazioni e applicazioni aberranti), fossero sconvolte parti dell’ordinamento di per sé suscettibili di impieghi per finalità costituzionalmente necessarie, plausibili o comunque non illegittime.

In questo frangente, si rivela decisiva la distinzione teorica tra disposizione e norma, che Crisafulli elaborò compiutamente nella omonima voce enciclopedica del 1964 e applicò all’analisi della giurisprudenza costituzionale in più occasioni. Già nel 1956 egli affermò che la Corte, almeno in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, «giudica di norme, e non di formulazioni astratte»⁴¹. Assistette con preoccupazione ai conflitti interpretativi che si aprono (in merito alle garanzie difensive nell’istruttoria sommaria) con la Cassazione⁴² e registrò positivamente l’iniziale assestamento dell’idea che il rigetto determini una preclusione processuale per il giudice

³⁹ G. SILVESTRI, *Introduzione alla riedizione di Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, 2015, pp. LXXI ss., in part. LXXXVI.

⁴⁰ Ancora a proposito del metodo negli studi di diritto costituzionale, in *Stato e diritto*, 1940, p. 127. In merito, cfr. A. CARIOLA, *Il legame degli interessi di ricerca del “giovane” Crisafulli con il pensiero giuridico italiano del primo novecento*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., pp. 175 ss., p. 203. Sui nessi tra la teoria crisafulliana dei principi generali e quella dell’indirizzo politico, cfr. M. SIRIMARCO, *Vezio Crisafulli*, cit., p. 53.

⁴¹ ID., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, pp. 929 ss. Qui il ragionamento si incentra sui rapporti reciproci tra i due ordini di interpretazioni: la conclusione è che quella della Corte costituzionale non è vincolata a quella del giudice rimettente, ma deve tenere conto di quest’ultima, possibilmente in termini espliciti nello stesso dispositivo (pp. 938 ss., dove, in questa fase, si ipotizza una vera e propria doppia pronuncia interpretativa, in parte di infondatezza e in parte di accoglimento). Vedi anche V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra Magistratura e Parlamento*, in *Archivio penale*, 13, I, 1957, pp. 449 ss., sp. pp. 454-455 (sulle sentenze nn. 3 e 8 del 1956) e pp. 459-465 (sui rapporti tra le decisioni interpretative e il loro seguito giudiziario).

⁴² ID., *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, 1, pp. 91 ss.

a quo, ma non impedisca successivi interventi di accoglimento⁴³. A quel punto gli era già chiaro, però, che il punto critico erano le sentenze di accoglimento parziale e interpretativo, specie quando venivano «rimanipolate» norme e disposizioni, in termini tali da suggerire interventi normativi, non semplicemente giurisdizionali o di controllo, del giudice delle leggi; ma la soluzione a questa difficoltà era che la modifica del testo o del significato normativo era solo il risultato mediato della dichiarazione di illegittimità costituzionale di altri significati o proposizioni, concorrenti a integrare la disposizione testuale⁴⁴.

Nel 1968 Crisafulli divenne giudice costituzionale. L'anno dopo, fu relatore della sentenza n. 15: una vera e propria pronuncia manipolativa, più precisamente sostitutiva, con la quale si dichiarò incostituzionale la riserva alla discrezionalità del Ministro di grazia e giustizia, «anziché» alla Corte costituzionale, della potestà di concedere, o meno, l'autorizzazione a procedere in ordine al reato di vilipendio della Corte stessa⁴⁵. Nella dottrina si levarono voci in tutto o in parte critiche. Ad esempio, Carlo Lavagna obiettò che una manipolazione poteva essere legittimamente additiva, solo nel senso di rimuovere una norma che ostacolava l'applicazione di un'altra norma (sia pure a titolo di analogia *legis* o *iuris*, o di applicazione diretta di norme costituzionali ove ciò fosse possibile), ma mai nel senso di creare norme nuove, quasi con una sorta di «potere di emendamento»⁴⁶. Si fecero anche proposte innovative, in senso almeno in parte limitativo: Nicola Picardi, pur ammettendo che i giudici non fossero estranei rispetto al compito di integrare i concetti indeterminati e che, a tal fine, fosse talora plausibile e necessario usare argomenti non strettamente logico-giuridici, suggerì di ritenere vincolante *erga omnes* la sola parte (efficacia) demolitoria delle sentenze «integrative» e non quella ricostruttiva, che avrebbe avuto valore meramente interpretativo⁴⁷.

Non è comunque necessario riassumere le critiche di quegli anni: già allora ne fu data una compiuta sistemazione, alle quali si può fare riferimento sia per i riferimenti, che per gli argomenti di un dibattito che già allora risultava «lungo e travagliato»⁴⁸. In

⁴³ ID., *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema. Esperienze e prospettive*, in *Rivista diritto processuale*, 1966, XXI, pp. 206 ss., in part. pp. 224-225.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 230. Considerazioni simili compariranno in V. CRISAFULLI, *Le sentenze «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1967, pp. 1 ss., in part. pp. 12 ss., pp. 14 ss., pp. 19 ss. (ove oltretutto si distinguono due tipi di annullamento parziale: quello che investe una parte di una disposizione, ossia parole, periodi, commi ecc.; e quello che investe la norma in senso proprio, anche nel caso di censura delle omissioni legislative).

⁴⁵ Cfr. PF. GROSSI, *Intervento*, in AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli*, cit., pp. 7 ss., il quale ricorda come dubbi di legittimità costituzionale sulla stessa disposizione siano stati sollevati altre tre volte dinanzi alla Corte, che li ha sempre dichiarati infondati, con relazioni dello stesso Crisafulli.

⁴⁶ ID., *Sulle sentenze «additive» della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1969, IV, pp. 145 ss., in part. p. 149.

⁴⁷ N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale: scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, IV, 1977, pp. 599 ss. Sullo sfondo stavano vicende come quelle che avevano fatto capo alle sentenze nn. 141 e 190 del 1970 (*ivi*, cfr. p. 629 e pp. 631 ss.), in relazione alla prima delle quali egli aveva inizialmente teorizzato questa proposta (ID., *La dichiarazione di fallimento, dal procedimento al processo*, Giuffrè, 1974, pp. 127 ss.).

⁴⁸ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, pp. 1684

estrema sintesi, la tesi centrale è che tutte le sentenze che oggi siamo soliti chiamare interpretative (di accoglimento o rigetto) e manipolative (sempre di accoglimento, additivo, sostitutivo ecc.) implicano sempre l'immissione nell'ordinamento di una norma nuova e, dunque, il rovesciamento dello schema di cui all'art. 136 Cost.: la Corte non elimina puramente e semplicemente le disposizioni illegittime, ma rivendica il potere di ricondurre a legittimità quelle viziato, mediante l'introduzione di correzioni. Alla base di questo, ulteriormente, sta l'idea che da una disposizione si può trarre una sola norma, in questo senso: le disposizioni esistono solo come norme, ossia come regole applicabili da determinati soggetti; anche se costoro possono ricostruirle secondo criteri e con esiti molteplici, una volta che l'operazione è stata compiuta la disposizione vive solo nei termini in cui la norma è stata ricostruita; nel giudizio incidentale, la Corte costituzionale ben può dissentire dalla ricostruzione normativa dell'ordinanza di rimessione, ma allora deve limitare il proprio giudizio a quell'unica norma che ha ritenuto di trarre dal testo. Diversamente, la Corte finisce per svolgere un ruolo di vera e propria attuazione positiva *erga omnes* della Costituzione, particolarmente evidente quando cerca di colmare lacune legislative; e la differenza tra essa e il legislatore, nonostante la formula delle cd. rime obbligate, finisce per essere quantitativa più che qualitativa, ancorché lo stesso sistema politico possa forse preferire di scaricare così una parte delle proprie responsabilità.

A fronte di tutto questo, Crisafulli non cambiò sostanzialmente la propria posizione: né da giudice costituzionale, né al termine del mandato, anche se negli scritti successivi alcune sfumature sembrano concedere qualcosa di più al riconoscimento della creatività insita in questo tipo di decisioni⁴⁹. Come è noto, in risposta alle critiche, egli ribadì che, in realtà, la Corte non inventa alcunché: si limita a estendere, esplicitare o specificare qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo; è in questo contesto che il giudice e studioso coniò la brillante espressione «rime obbligate»⁵⁰, peraltro riprendendola da studi precedenti⁵¹. È un modo per

ss. (anche negli *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, cit., pp. 755 ss.). Le citazioni nel testo sono alle pp. 1684-1685.

⁴⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale*, CEDAM, 1984, pp. 407-408.

⁵⁰ ID., *La Costituzione ha vent'anni*, cit., in part. p. 1707.

⁵¹ L. PALADIN, *Gli anni della formazione*, cit., p. 35, ricorda come già in *In tema di Carta del lavoro e di principi generali del diritto*, in *Stato e diritto*, 1941, pp. 232 ss., Crisafulli avesse usato questa espressione – mutuata dal *Trattato di diritto civile italiano* di Francesco Ferrara (1921) – per descrivere il principio inespresso secondo il quale il giudice deve decidere secondo diritto, anche in assenza di una disciplina specifica della materia rilevante. Peraltro, C. PINELLI, *Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di A.A. Cervoati*, Aracne, 2010, IV, pp. 67 ss., p. 72, richiama l'attenzione su V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 2/1940, pp. 193 ss., in part. pp. 198-199, laddove, nel sostenere la natura pienamente normativa dei principi generali, l'autore affermava che, altrimenti, data la pacifica applicabilità di tali principi (segnatamente per denunciarne la violazione ai fini della cassazione di sentenze), si sarebbe dovuto riconoscere all'interprete «un potere creativo, sia pure, come si dice, a rime obbligate», perché «sarebbe appunto l'interprete a formulare la norma per il caso concreto, traendola dal principio o dai principi latenti nel sistema». Interessante rilevare il nesso del concetto, da un lato, con i principi e, dall'altro, con la creatività dell'interprete: temi di grande delicatezza teorica, come è evidente già da questi approcci del tutto iniziali.

rimarcare la differenza tra le valutazioni del legislatore e quelle della Corte e per sottolineare, in queste ultime, l'importanza dell'argomentazione giuridica, che segna il piano proprio del giudice e sul quale questi deve fare di tutto per rimanere: ciò pure nella consapevolezza che il «confine tra legittimità e merito» può farsi «sottilissimo», soprattutto quando – e ciò potrebbe in un certo senso apparire paradossale – la Corte adotta un atteggiamento di *self-restraint* e si lascia guidare dalla preoccupazione di non aprire «vuoti» legislativi⁵². In ogni caso, nel pensiero e nell'opera di Crisafulli, «al limite, sembra prevalere su ogni altra [...] la preoccupazione della garanzia»⁵³.

Che questa posizione sia poi prevalsa, è noto, come non occorre dilungarsi in esempi per ricordare che, malgrado tutti i tentativi di argomentare la ridotta innovatività delle sentenze manipolative, non sempre esse si sono contenute in limiti così ristretti e talora sono state «veri e propri terremoti che hanno investito un intero settore normativo»⁵⁴ (ad es. sentenza n. 68 del 1978).

2.3. Lo sviluppo della dottrina.

Riprendendo l'analisi della dottrina delle cd. rime obbligate e della sua storia, conviene osservare come, man mano che le relative tecniche di decisione si consolidavano nella giurisprudenza, si poneva anche il problema di inquadrarle in termini logico-giuridici.

Deve essere ricordato, a questo proposito, il contributo di Livio Paladin, allievo di Crisafulli, e Presidente della Corte costituzionale (1985-1986). Anche questo, come è ben noto, è l'esito di un lungo percorso, in cui Paladin supera la teoria dell'eccesso di potere legislativo, a favore di una ricostruzione incentrata sui vincoli teleologici che la Costituzione pone, con disposizioni variamente stringenti ma comunque non tali da escludere la libertà del legislatore di scegliere le finalità dei propri interventi e, comunque, di ridurre questa libertà in condizioni corrispondenti a quella della discrezionalità amministrativa⁵⁵. L'art. 3, primo comma, Cost. è un esempio di quei parametri, i quali si aprono a valutazioni di sufficienza, congruità, adeguatezza e a criteri extragiuridici, anche di carattere morale, politico ed economico: su di esso si fonda il sindacato in merito alla fondamentale giustificatazza delle classificazioni normative⁵⁶.

⁵² V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in ID., *Stato Popolo Governo*, Giuffrè, 1985, pp. 236-240.

⁵³ A. CERRI, *La Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, cit., 165 ss., in part. p. 167.

⁵⁴ C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Laterza, 1989, pp. 149 ss., in part. p. 168: si riferisce alla sentenza n. 68 del 1978, in materia di referendum abrogativo.

⁵⁵ ID., *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, II, 1956, pp. 993 ss.; ID., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1964, 1, pp. 304 ss.

⁵⁶ Cfr. ancora L. PALADIN, *Il sindacato della Corte costituzionale sull'"utilità delle leggi"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, 1, pp. 144 ss., in part. p. 147, nota 3. Il punto di arrivo del pensiero dell'autore è

Divenuto giudice costituzionale (e dopo essere stato relatore, tra l'altro, della già citata decisione n. 148 del 1983), Paladin formalizzò le istruzioni per l'uso per le questioni in cui sia invocato a parametro l'art. 3, comma 1, Cost.⁵⁷. C'è chi ha visto, in questa fase, un allargamento delle maglie del giudizio, maggiormente orientato alla coerenza sistematica e ordinamentale⁵⁸. Di sicuro, il capillare contatto con la giurisprudenza contribuisce a raffinare non poco lo schema logico, talora portato al massimo delle sue possibilità: ad es. quando una norma «di generalissima portata» sia considerata illegittima «perché estesa a regolare situazioni estranee alla sua *ratio* e diversamente riguardate dallo stesso ordinamento giuridico»; oppure quando il *tertium* sia una norma eccezionale, di cui appunto sia relativizzata in via interpretativa l'eccezionalità⁵⁹. Può dunque accadere che la medesima disposizione produca sia il *tertium comparationis*, sia la norma sospetta. Ciò si avvicina pericolosamente al sindacato di ragionevolezza intrinseca. Tuttavia, resta fermo come il raffronto «non si esaurisca all'interno della disposizione in esame, ma coinvolga altri dati normativi esterni»⁶⁰. Questo è dunque l'estremo appiglio in virtù del quale il controllo di coerenza, congruenza o non contraddizione resta ancorato all'ordinamento e si muove «per linee interne» ad esso, così potendo approdare a interventi additivi «a rime obbligate»⁶¹: il sindacato sulla giustificata avviene sempre in base alla *ratio legis* obiettivamente presente nel sistema, per quanto la sua identificazione possa determinare «gravi problemi, da risolvere attraverso scelte di valore»; in esito al giudizio, «la Corte non deve [...] escogitare nuove disposizioni normative, ma è sempre ed unicamente chiamata [...] ad estendere norme già vigenti»⁶².

compiutamente delineato in ID., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, 1965, in part. pp. 188-195 (eguaglianza come imperativo di giustificata delle leggi speciali o di eccezione) e pp. 202-204 (giudizio sulle classificazioni legislative alla luce del *tertium comparationis*).

⁵⁷ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, *Scritti su la giustizia costituzionale*, cit.

⁵⁸ Lo osserva L. ELIA, *Livio Paladin studioso e giudice costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza, atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, CEDAM, 2002, pp. 25 ss., Elia ricorda come in Paladin l'attenzione agli schemi logici di giudizio derivasse dalla preoccupazione (in linea con il pensiero dell'altro suo maestro, Carlo Esposito, dalle cui ricostruzioni ancora più limitative in materia di art. 3 Cost., peraltro, si distaccò) che cadesse totalmente la distinzione tra merito e legittimità: un atteggiamento positivista, ma attento a prevenire il rischio di una crisi della giurisdizione costituzionale, destinato a divenire più elastico negli anni '80.

⁵⁹ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., pp. 635-636.

⁶⁰ *Ibidem*, 636. Anche L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., pp. 303-304, sottolinea la possibilità che, in questo tipo di decisioni, la medesima disposizione legislativa somministri l'oggetto (l'implicita omissione), il parametro (nel senso di parametro interposto, o meglio di *tertium comparationis*, vale a dire le previsioni espresse), sia la rima obbligata per determinare (il *petitum* e) il dispositivo.

Sul *tertium* inteso come una sorta di parametro interposto cfr. P. CARNEVALE, A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Giappichelli, 1998.

⁶¹ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., p. 619.

⁶² *Ibidem*, p. 656, p. 660.

Peraltro, come pure è noto, la Corte non si è limitata a valutazioni triadiche di questo tipo e, per la verità, esse stesse sovente non sono affatto univoche: non è sempre facile distinguere i privilegi, da eliminare puramente e semplicemente, dai trattamenti di favore, suscettibili di estensione secondo la logica dell'art. 3 Cost.; né, in generale, le addizioni univocamente discendenti da un principio costituzionale e quelle che ne costituiscono solo una fra le molteplici virtualità attuative⁶³.

Tornando alla materia penale, peraltro, le tecniche manipolative incontravano qui ostacoli aggiuntivi, incentrati non solo sul principio di rigorosa legalità, ma anche sulla *extrema ratio* e sulla riserva al Parlamento delle scelte di criminalizzazione. Lo riconosceva, anche se solo in parte, lo stesso Crisafulli⁶⁴, ed è stato rimarcato dalla dottrina successiva. In estrema sintesi⁶⁵: in linea generale, posto che il diritto penale è naturalmente frammentario e che i suoi interventi non sono mai, per definizione, costituzionalmente necessari, ma solo possibili negli stretti limiti in cui il legislatore li adotti, mancherebbe sempre il presupposto delle manipolazioni, ossia appunto la cd. rima obbligata; nei casi in cui l'esatta comprensione della decisione richiede l'esame della motivazione, sarebbe a rischio la logica della tassatività; con riguardo alle sanzioni, non è possibile isolarle dai precetti, quasi che si potesse intervenire sulle une senza ripercussioni sugli altri, né, comunque, trapiantarle da un reato all'altro senza l'impiego, inammissibile in questo settore, di ragionamenti sostanzialmente analogici e senza il rischio di creare a valle nuove disarmonie nel sistema.

Beninteso: questi indirizzi dottrinali non rinunciano affatto al ruolo di garanzia della giustizia costituzionale. Solo, con una variazione sul tema della dicotomia di Picardi (tra parte demolitoria e parte ricostruttiva delle sentenze manipolative⁶⁶), ritengono che, in materia penale, data soprattutto la natura politica pregnante delle scelte che presiedono a tale ambito⁶⁷, la Corte debba limitarsi ad ablazioni pure e semplici, lasciando al legislatore la decisione se, quando e come ripristinare i reati e le pene venuti meno. In altre parole, il suggerimento è di annullare senz'altro le norme

⁶³ Ancora L. ELIA, *Le sentenze additive*, cit., pp. 308 ss.

⁶⁴ Scrive V. CRISAFULLI «Ma è da chiedersi se veramente la riserva di legge dell'art. 25 Cost. debba dirsi in questi casi non rispettata. In fondo, nella norma oggetto della pronuncia erano originariamente ricomprese anche le ipotesi cui si riferiva la dichiarazione di illegittimità: togliendo qualcosa che era potenzialmente compreso nella norma (e nella relativa disposizione), la Corte non crea, perciò una nuova fattispecie penale, ma restringe la portata di una fattispecie legislativa già presente nell'ordinamento», in *La Corte ha vent'anni*, cit., p. 1707.

⁶⁵ Il problema delle manipolazioni ammissibili in materia penale è considerato anche in L. PALADIN, *Corte costituzionale Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., pp. 662-663; A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 6, pp. 4199 ss., in part. p. 4202; F. MODUGNO, R. D'ALESSIO, *Verso una soluzione legislativa del problema dell'obiezione di coscienza? In margine alla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1990, IV, pp. 97 ss.

⁶⁶ Solo la prima, non la seconda, vincolante *erga omnes*, secondo l'Autore: vedi sopra, nota 47.

⁶⁷ Per tutti A. PUGIOTTO, *Sentenze normative*, cit. In teoria solo il processo legislativo di produzione è sotto il controllo dell'opinione pubblica e delle minoranze parlamentari e della stessa corte cost. va da sé l'esclusione di interventi manipolativi poiché essi si traducono in una invasione di campo rispetto alla sfera del politico cui spetta la scelta sul quando e sul *quomodo* del ricorso dello strumento penale.

penali che proteggono sì beni giuridici rilevanti, ma in modo costituzionalmente illegittimo: ne deriverebbe una lacuna nel sistema di tutela penale, la quale però non dovrebbe considerarsi troppo grave, visto che questo sistema è strutturalmente frammentario. E tuttavia è chiaro il costo che questo approccio comporta: il legislatore potrebbe non intervenire tempestivamente; comunque, si getterebbe un alone di incertezza su tutte le condotte aggressive tenute *medio tempore*, e anche su quelle anteriori, in termini che non è possibile qui approfondire appieno. Insomma, gli effetti dell'annullamento puro e semplice possono essere penetranti e non interamente controllabili, malgrado il rilievo dei beni giuridici in gioco.

È proprio il genere di problema di cui un giudice costituzionale, non può non essere acutamente preoccupato, molto più della dottrina.

3. Perché la Corte costituzionale aggiorna la dottrina delle cd. rime obbligate in quella dei cd. versi sciolti.

Alcune considerazioni svolte da Gaetano Silvestri, durante e dopo il suo servizio come componente (e poi Presidente) della Corte costituzionale, anticipano e spiegano l'ultimo tratto della parabola della teoria delle cd. rime obbligate.

In un ricordo di Vezio Crisafulli⁶⁸, Silvestri ha riferito che, dopo la pubblicazione del suo saggio, già citato, del 1981, lo studioso genovese, allora giudice costituzionale, lo convocò a Roma e riconobbe che la critica teorica aveva del vero, ma che di quei pur discussi strumenti non si poteva fare a meno. La conclusione persuase Silvestri, il quale addivenne così a usare l'espressione liturgica di *felix culpa*⁶⁹ – qui impiegata nel sottotitolo del saggio – proprio per dare atto della necessità degli strumenti per bonificare l'ordinamento. L'autore riconobbe di avere ricevuto «una grande lezione scientifica e anche morale» da Crisafulli, la quale – ironia della sorte – gli fu utile allorché, nel 2007, divenuto a propria volta giudice costituzionale, partecipò all'approvazione di sentenza che, per risolvere una situazione particolarmente intricata, riesumava lo schema a lungo negletto dell'accoglimento interpretativo⁷⁰. In questo modo – conclude Silvestri nelle pagine ora in esame – la Corte costituzionale ha assolto alla propria duplice responsabilità: sia verso l'ordinamento in generale, sia verso le parti dello

⁶⁸ Id., *Intervento*, in AA.VV., *Atti della giornata in ricordo del Giudice emerito della Corte costituzionale Vezio Crisafulli*, cit., pp. 53 ss., in part. p. 54, ma già in G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, UTET, 1994, pp. 31 ss., in part. p. 32.

⁶⁹ L'espressione è presente anche in G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive*, cit., p. 96.

⁷⁰ Sentenza n. 78 del 2007. Si trattava di un caso in cui il diritto di un reo extracomunitario di accedere all'affidamento in prova ai servizi sociali, garantito dall'art. 27, terzo comma, Cost., era stato escluso dalla Cassazione, per la mancanza del permesso di soggiorno. Investito del conseguente principio di diritto, il giudice del rinvio si era rivolto alla Corte costituzionale, anche perché, nel frattempo, risolvendo un contrasto interno alla stessa Cassazione, le Sezioni unite si erano pronunciate in senso opposto. L'accoglimento interpretativo (dichiarazione di illegittimità costituzionale dei pertinenti articoli dell'ordinamento penitenziario, «ove interpretati nel senso» anzidetto) serve appunto ad affrancare il rimettente da un principio di diritto per lui vincolante, ancorché incostituzionale e già superato, senza mettere in discussione le disposizioni già rettificata in via interpretativa in sede nomofilattica.

specifico giudizio *a quo*. Si tratta di considerazioni che lo stesso autore ha confermato anche in seguito, riconoscendo che Crisafulli agiva guidato da un grande senso pratico e dalla chiara attenzione al chiaroscuro⁷¹.

Un mese prima della conclusione del suo mandato di Presidente della Corte costituzionale, intervenendo, nel carcere di Rebibbia, a un seminario sul seguito della sentenza Torreggiani⁷², Silvestri⁷³ è tornato sulla decisione assunta, a seguito di tale sentenza, dalla Corte costituzionale.

Questa notissima pronuncia⁷⁴ è una delle ultime classiche decisioni di inammissibilità: pur riconoscendo «l'effettiva sussistenza del *vulnus* denunciato [...] e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio idoneo», la Corte si era arrestata dinanzi alla «pluralità di soluzioni normative che potrebbero essere adottate; pluralità che [aveva fatto] escludere l'asserito carattere “a rime obbligate” dell'intervento additivo» richiesto dai tribunali rimettenti. La Corte si era limitata ad osservare che non sarebbe stato tollerabile «l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato»: monito analogo a quello lanciato in una precedente sentenza dello stesso anno, in materia processuale penale, della quale era stato relatore proprio Silvestri⁷⁵.

Orbene, tornando su tutto questo, proprio alla fine dell'intervento citato⁷⁶ Silvestri ricorda la «sofferta» pronuncia costituzionale sul sovraffollamento – un «estremo atto di deferenza verso il legislatore» – e il monito in essa contenuto. E conclude con le seguenti parole: «[q]uando 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*».

Il cerchio si chiude: il giovane studioso, che criticava la creatività solo in parte velata dalla dottrina delle cd. rime obbligate, trentatré anni dopo, al termine del suo servizio a Palazzo della Consulta, ribalta la critica nel senso opposto, per gli impacci eccessivi che questa stessa dottrina oppone alle possibilità di intervento del giudice costituzionale, dinanzi a patologie conclamate e troppo a lungo trascurate dal legislatore. Crisafulli trova la sua rivincita: o meglio, la logica del *magis ut valeat* fa apparire le cd. rime obbligate persino troppo costrittive.

Più in generale, il livello di guardia raggiunto dal diritto penale non è ignoto al Collegio che, tra il 2016 e il 2020, ha tentato di *affrontarlo* in maniera diversa rispetto al

⁷¹ Cfr. G. SILVESTRI, *Introduzione alla riedizione di Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., ricorda che Crisafulli sosteneva che l'esigenza di bonificare un ordinamento costituzionale caratterizzato da una larga inattuazione della Costituzione faceva delle decisioni additive strumenti assolutamente necessari, pp. LXXXV-LXXXVII.

⁷² Corte EDU, 8 gennaio 2013.

⁷³ ID., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento conclusivo del seminario *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU* tenutosi il 28 maggio 2014 nella Sala Teatro del carcere di Rebibbia, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it.

⁷⁴ Sent. n. 279 del 2013.

⁷⁵ Sent. n. 23 del 2013, seguita dalla sent. n. 45 del 2015 (accoglimento).

⁷⁶ G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, cit., 6.

passato, più esplicita e frontale. Mi riferisco alle decisioni nn. 236 del 2016, 207, 222 e 233 del 2018, 40, 99, 112 e 242 del 2019, 113 e 156 del 2020⁷⁷. Si è trattato, come è ben noto, di pronunce alla cui base spesso c'erano casi in cui venivano in esame limiti normativi alla discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena⁷⁸, 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.

L'approdo ai cd. versi sciolti pare essere rappresentato da sentenze con dispositivo manipolativo di tipo sostitutivo che, nella parte ricostruttiva, risultano sganciate da una soluzione *costituzionalmente obbligata* in nome dell'adeguatezza e non arbitrarietà di quella indicata dal giudice *a quo* (o, in alcuni casi, "ricostruita" dalla stessa Corte!) perché *coerente* con i principi costituzionali⁷⁹.

⁷⁷ Mentre va detto che la versione più tradizionale della dottrina delle cd. rime obbligate ha avuto una riemersione nella sentenza n. 253 del 2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. pen., nella parte in cui escludeva che, ai detenuti per i delitti ivi previsti, compresi quelli di criminalità organizzata, potessero essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia: per effetto di questa decisione manipolativa, ora i permessi possono essere concessi anche quanto la collaborazione è mancata, ma sono stati acquisiti altri elementi sufficienti a escludere che i collegamenti con la criminalità sussistano ancora o rischino di essere ripristinati. Qui però la pronuncia interessa nella sua ultima parte, dove la Corte si confronta con il problema – risolto nei termini anzidetti – di quali debbano essere le condizioni per la concessione dei permessi, se essi non possono venire negati per la pura e semplice assenza (o impossibilità, inesigibilità ecc.) di collaborazione con la giustizia. Per dare forma a questo regime, la Corte "pesca" i riferimenti all'interno dello stesso art. 4-bis: lì è affermata l'esigenza che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva»; lì si includono tra i materiali istruttori, oltre alle relazioni dell'autorità penitenziaria, le dettagliate informazioni acquisite tramite il comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica; lì si menziona il parere, potenzialmente preclusivo, del Procuratore nazionale antimafia o del Procuratore distrettuale circa l'attualità di collegamenti criminali. Dunque, osserva la Corte, «l'acquisizione di stringenti informazioni in merito all'eventuale attualità di collegamenti con la criminalità organizzata (a partire da quelli di natura economico-patrimoniale) non solo è criterio già rinvenibile nell'ordinamento (sentenze n. 40 del 2019 e n. 222 del 2018) – nel caso di specie, nella stessa disposizione di cui è questione di legittimità costituzionale (sentenza n. 236 del 2016) – ma è soprattutto criterio costituzionalmente necessario (sentenza n. 242 del 2019) per sostituire in parte qua la presunzione assoluta caducata». In breve, nel momento in cui è stata assunta una decisione particolarmente forte – perché riguarda una norma discussa e di frequentissima applicazione, e a maggior ragione perché investe anche i delitti più socialmente pericolosi, per i quali quella norma è stata congegnata – la Corte è tornata a fare appello alle cd. rime obbligate: non solo per rendere la motivazione più persuasiva, ma anche per rimarcare che prevenzione e repressione del crimine restano condizioni essenziali e imprescindibili – vincolanti anche per il legislatore, i giudici ecc. – pure nel contesto di una riscrittura e di un'applicazione più liberale delle norme penitenziarie. Il che, in un certo senso, chiarisce plasticamente un profilo di differenza tra la vecchia e la nuova dottrina: la prima, più della seconda, si presta a cristallizzare i punti di equilibrio fissati dal giudicato costituzionale, sottraendoli a ulteriori spostamenti legislativi (in questo caso, in senso ancora più liberale).

⁷⁸ Il tema è notoriamente arato, per un bilancio agli albori dell'aggiornamento della dottrina crisafullina si veda, per es., S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 1 ss.

⁷⁹ Così anche D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, 2, pp. 696 ss., che ricorda come, in base alla teorica delle 'rime obbligate', questa decisione si sarebbe risolta in una incostituzionalità accertata ma non dichiarata, p. 704-705; F. CONSULICH, *La*

Come si è ricordato, la Corte aveva sempre ritenuto di poter incidere sulla misura della pena solo se l'ordinamento offriva direttamente una norma di portata generale, in grado di riespandersi dopo l'annullamento della norma specifica giudicata illegittima, o in alternativa un *tertium comparationis* univocamente indicativo della norma da sostituire a quella dichiarata costituzionalmente illegittima⁸⁰. Ciò evitava vuoti di tutela, rispettava la riserva di legge *ex art. 25 Cost.* e riduceva la creatività della Corte, vincolandola strettamente alla trama normativa tessuta dal legislatore. Ma tale scelta comportava anche di accettare che, se è univoca l'illegittimità costituzionale di una situazione normativa, ma non lo è altrettanto la correzione da apportare – segnatamente, perché il giudizio non ha carattere triadico o, comunque, la rimagliatura del tessuto normativo può avvenire in vari modi logicamente equivalenti – allora la correzione diventa impossibile.

Di questa problematica il giudice costituzionale è sempre stato consapevole. Tanto che, nella giurisprudenza 2016-2020 si assiste ad una sorta di torsione del criterio del *tertium comparationis*⁸¹. Coloro che son perplessi dallo sviluppo dei cd. versi liberi mettono in evidenza, tra gli altri, proprio i rischi, derivanti dall'aver posto la necessità dell'esplicitazione del *tertium* in secondo piano. Tali rischi vengono ricollegati non solo all'incertezza, dovuta ad apprezzamenti contingenti del Collegio, ma anche all'affidamento, in ultima analisi, della politica criminale alla *supplenza* del potere giudiziario costituzionale (e comune)⁸².

Gli approdi di questa giurisprudenza rileggono in senso evolutivo la brillante teoria crisafulliana, come del resto era stato preconizzato: la norma individuata dalla Corte deve essere in linea con l'ordinamento, ma il modo d'essere in linea è vario e, tra

matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 D.P.R. N. 309 del 1990, in Giurisprudenza costituzionale, 2019, 2, pp. 1231 ss., p. 1237.

⁸⁰ Cfr. G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, cit. L'A. ricorda, come matura espressione di tale atteggiamento, la decisione n. 22 del 2007 nella quale, pur riconoscendosi che la normativa sull'immigrazione «[...] presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa», si ribadisce che «Il sindacato di costituzionalità, tuttavia, può investire le pene scelte dal legislatore solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio (*ex plurimis*, tra le pronunce più recenti, sentenze n. 325 del 2005, n. 364 del 2004; ordinanze numeri 158 e 364 del 2004). Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore», p. 2.

⁸¹ Così, se nella decisione n. 236 del 2016 il *tertium* era stato recuperato per sostituire il trattamento sanzionatorio dichiarato incostituzionale, nella sentenza n. 222 del 2018 pare superata anche la sua necessità, almeno nella fase di sostituzione della norma viziata, e nella pronuncia n. 233 del 2018 le plurime soluzioni possibili sono addirittura tra loro alternative.

⁸² Sembra però che tali timori vadano ridimensionati un poco, considerata anche l'alea che presiede all'individuazione del *tertium*, che è pur sempre collegata a un'operazione valutativa, da parte del giudice *a quo*, rispetto alla fattispecie impugnata, come ricorda F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza in Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 2, pp. 376 ss.

questa varietà, c'è possibilità di scelta⁸³. Con il susseguirsi delle stagioni si affinano, con incessante lavoro, le tecniche decisorie messe a punto dal 1956. Mentre la dottrina delle cd. rime obbligate risentirebbe della concezione originaria del controllo di costituzionalità delle leggi come raffronto astratto di norme, quella dei cd. versi sciolti sarebbe diretta conseguenza della scelta del giudizio in via incidentale, promosso in vista di una risposta che permetta la risoluzione del caso concreto, ma che richiede alla Corte, in considerazione della portata *erga omnes* della decisione, di tenere conto anche delle implicazioni che si possono dispiegare nell'ordinamento nel suo complesso⁸⁴.

In questa prospettiva dunque, la giustificazione delle pronunce più recenti risiede i) nel carattere del giudizio incidentale, un giudizio che si sostanzia nella ricerca di una norma adeguata anche al caso che deve essere deciso in nome non solo di una tutela dei diritti che è integrata e non può essere frammentata⁸⁵, ma anche di una risposta il più possibile "individualizzata" e calibrata sulla situazione del singolo condannato; ii) nella necessità di reagire al primato di scelte sanzionatorie *manifestamente arbitrarie o irragionevoli*; iii) nell'aver sempre precedentemente sollecitato un intervento legislativo, che non c'è stato e nel ritenere che l'inerzia del legislatore equivalga ad una *diminutio* delle garanzie apprestate dalla Costituzione⁸⁶; iv) nella volontà di evitare che

⁸³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, pp. 393 ss., spec. p. 396.

⁸⁴ Come ricorda M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 499.

⁸⁵ Il riferimento è alla nota espressione contenuta, per esempio, nelle decisioni nn. 264 del 2012 e 85 del 2013, in quest'ultima nella motivazione sul cd. caso ILVA, si afferma che (Considerato in diritto § 9) «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». Sugli elementi caratterizzanti tale approccio cfr. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Consulta Online*, 2020, pp. 1 ss.

⁸⁶ Nell'ordinanza n. 207 del 2018 la frustrazione prodotta dai moniti caduti nel *vuoto* è deflagrata in modo eclatante (per quanto già emersa in tutte le decisioni ricordate): essa ha subordinato alla realizzazione del monito (con scadenza), nei termini precisamente indicati, il passo indietro della Corte. Se, in precedenza, "l'invito" al legislatore mirava a suscitare una reazione, magari corroborata anche mediante la "minaccia" di una possibile futura declaratoria di incostituzionalità, nell'ordinanza n. 207 esso sembra aver acquisito il significato di vincolo ad intervenire secondo le indicazioni contenutistiche e le tempistiche indicate dalla inusuale sospensiva, nonostante, in questo frangente, il legislatore avesse già esplicitamente deciso, solo un anno prima, di escludere il "suicidio assistito" dalle fattispecie affrontate nella legge n. 219 del 2017, cfr. in merito M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 4/2018, pp. 1323 ss. L'ordinanza n. 207 non è del resto rimasta un caso isolato, la Corte ha infatti adottato un secondo provvedimento – ordinanza n. 132 del 2020 – che invita il legislatore a rimodulare in un'ottica complessiva il delicato bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la tutela della reputazione della persona in riferimento alla pena detentiva prevista per i delitti di diffamazione a mezzo stampa, anche per venire incontro alle indicazioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e di numerosi documenti di organi politici del Consiglio d'Europa e della posizione espressa dalla Commissione di Venezia in riferimento al nostro Paese con il parere n. 715 del 2015. La Corte ha dunque rinviato la trattazione delle questioni al 22 giugno 2021, nel rispetto, si scrive, della leale collaborazione istituzionale, cfr. G. GATTA, [Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta 'lo schema Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno](#), in questa *Rivista*, 10 giugno 2020.

l'ordinamento presenti zone 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 legislatore⁸⁷. La Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018 sintetizza in maniera mirabile l'urgenza che ha mosso il Collegio: «[...] 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 [corsivo nostro] impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati a 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»⁸⁸.

Il grimaldello grazie al quale poi la Corte finalizza la novità è dato dall'estrema elasticità con cui essa *maneggia* il processo costituzionale e in generale il giudizio in via incidentale. Tale giudizio permette infatti di tenere conto della *dinamica* dell'ordinamento costituzionale: vale a dire del fatto che vizi e criticità delle leggi emergono nel tempo; l'ordinamento muta e con esso i *tertia comparationis* del giudizio; cambia la situazione sociale e si determina un'evoluzione dell'interpretazione dei valori costituzionali; si allontana nel tempo un certo dibattito politico, permettendo alla Corte di tornare sui suoi passi⁸⁹.

Infine, le occasioni (direi proprio le *spinte*) che si sono presentate alla Corte e che hanno agevolato in qualche modo questo *cambio di passo*, si possono così riassumere: i) le numerose e insistenti ordinanze di rimessione, dovute al *disagio* e alla perseveranza dei giudici comuni. Si è arrivati a dire, a questo proposito, che sia in atto una sorta di "cogestione giudiziaria della materia penale"; ii) le suggestioni provenienti da un certo tipo di giurisprudenza europea⁹⁰; iii) la compresenza in seno al Collegio di giudici che

⁸⁷ Cfr. sentt. nn. 236 del 2016; 222 del 2018; 40 del 2019.

⁸⁸ Cfr. G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in www.cortecostituzionale.it, 2019, pp. 1 ss., in part. pp. 15.

⁸⁹ Così scrive M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, I, 2016, pp. 481 ss., in part. p. 497, riferendosi, in parte, anche al pensiero di V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, Yale University press, 2009, p. 55.

⁹⁰ Non si può non richiamare la notissima pronuncia sulla cd. revisione europea, n. 113 del 2011: solo in seguito all'inerzia del legislatore, nonostante il pressante invito rivoltagli con una precedente pronuncia (la n. 129 del 2008), è stato ritenuto indispensabile, per riparare al *vulnus* costituzionale, introdurre la possibilità di una riapertura del processo quando sia necessario ai sensi dell'art. 46 della Cedu e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (tra le molte, Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia; Grande Camera, sentenza 1° marzo 2006, Sejdic contro Italia; Grande camera, sentenza 12 maggio 2005, Öcalan contro Turchia). La Corte costituzionale è stata chiara nell'affermare, da un lato, che è stata l'attesa invano dell'intervento del legislatore che ha 'autorizzato' il suo intervento e, dall'altro, a precisare che il legislatore resta libero di regolare con diversa disciplina il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, «come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali». Cfr. M. CAIANIELLO, *La riapertura del processo per dare attuazione alle sentenze della Corte europea dei diritti: verso l'affermarsi di un nuovo modello*, in

appaiono in consonanza sul punto (talvolta anche in contraddizione con quanto avevano sostenuto prima di diventare giudici costituzionali)⁹¹.

4. In conclusione: una rimeditazione in nome della garanzia della coerenza legislativa.

Il punto di arrivo della nuova *doctrine* dei cd. versi sciolti sembra confermare quanto scriveva Paolo Grossi, il «giudizio... incidentale continua a configurarsi, nell'esperienza, pur faticosa, che ne abbiamo, come l'occasione privilegiata di un permanente dialogo tra la Corte e i giudici comuni, nella ricerca e nella 'invenzione', se si può dire, e nei previsti limiti, del 'miglior diritto possibile'»⁹².

I progressi in termini di tutela costituzionale dell'attuale filone della stagione giurisprudenziale sembrano davvero essere significativi: si dà *giustizia* al caso singolo (anche se il giudizio in via incidentale non è mai *esclusivamente* incentrato su di esso), allentando la compressione delle garanzie costituzionali, valorizzando il finalismo risocializzante all'interno di un giudizio di proporzionalità intrinseca ed eliminando così scelte sanzionatorie spropositate⁹³. La giurisprudenza sulla misura della pena pare basarsi su un bilanciamento nuovo in cui a prevalere non è più il principio di stretta legalità penale⁹⁴. Almeno per il presente, e in assenza di criteri precisi di corrispondenza fra reato e pena, il Collegio ha deciso di provare a consolidare i canoni di una "nuova"

Quaderni costituzionali, 2011, 3, pp. 668 ss. Non a caso, questa decisione è stata richiamata dalla pronuncia di inammissibilità n. 179 del 2017, in cui la Corte, dopo aver reputato necessario, in assenza di un'univoca indicazione legislativa, lasciare il campo al legislatore (*rectius* «richiamare il legislatore alle proprie responsabilità»), ha avvertito che, in mancanza di un intervento, sarebbe stata successivamente «obbligata a intervenire, non mai in malam partem, e comunque nei limiti già tracciati dalla sua giurisprudenza». L'esempio portato è appunto la sentenza n. 113 del 2011.

La Corte, come ricorda G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012, pp. 344-345, in alcuni casi aveva già, dopo una prima decisione di inammissibilità, accolto la questione, ma solitamente con una decisione interpretativa, ad es. si veda le nn. 279 del 1987 e 284 del 1995, la prima di inammissibilità e la seconda di accoglimento. Cfr. anche M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e 'dialogo' tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, Jovene, 2017, pp. 97 ss., p. 110.

⁹¹ Come rilevato anche da A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 2, pp. 785 ss., in part. p. 793. A proposito delle contraddizioni tra ciò che si è sostenuto da professore rispetto alle decisioni prese come componente (e in particolare come relatore) del Collegio si vedano le puntualizzazioni anche personali fatte da Zagrebelsky e ricondotte alla distinzione tra quello che è il "diritto accademico" e quello che è il "diritto giudiziario", ovvero alla distinzione tra teoria e pratica, ID., *La Corte costituzionale italiana*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, cit., pp. 65-68.

⁹² ID., *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016, 2017*, in www.cortecostituzionale.it, pp. 1 ss., in part. p. 15.

⁹³ Sempre più frequentemente la Corte costituzionale si è trovata di fronte alla necessità di mitigare la rigidità della legge per far spazio alle esigenze del caso concreto, assumendo all'occorrenza decisioni manipolative, additive o interpretative, anziché di accoglimento o rigetto puro M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 498.

⁹⁴ A. PUGIOTTO, *ibidem*, cit., p. 805.

ragionevolezza⁹⁵, svolgendo per l'ennesima volta, nella sua storia, un ruolo di supplenza.

In definitiva, la Corte ha confermato, oggi più che mai, che è giudice dei principi, rivendicando la facoltà di dare piena attuazione alla Costituzione, potendo limitare la primazia del legislatore nell'individuazione del grado di reazione dell'ordinamento al cospetto della lesione di un determinato bene giuridico, tutte le volte in cui la normativa non risulti *coerente*. Una *discrezionalità condizionata* dunque quella del legislatore penale. *Condizionata* alla *coerenza* delle scelte già delineate a tutela di un determinato bene dal legislatore stesso, ma anche, come sembrano dimostrare le due decisioni sul cd. caso Antoniani/Cappato, *condizionata* al rispetto dei principi che la Corte trae dal dettato costituzionale (e maturi nella coscienza sociale)⁹⁶.

Come valutare dunque questa "nuova stagione" di ripensamento esplicito della gabbia delle cd. rime obbligate e gli effetti che essa ha sul *riparto di competenze* tra giudice costituzionale e legislatore? Si può ancora sostenere che la riserva di legge precluda al giudice costituzionale di introdurre in via additiva nuovi reati, ampliando figure di reato già esistenti o aggravandone il trattamento sanzionatorio, abolendo reati o apprestando un trattamento più favorevole⁹⁷?

È noto che le accuse di *funzione parallela di indirizzo legislativo*⁹⁸, così come di *attività legislativa camuffata*⁹⁹ risalgono, come si è ricordato più sopra, al dibattito ormai storico sulla legittimità degli strumenti manipolativi-sostitutivi. In seguito, molti hanno continuato a evidenziare il rischio sia di uno *stemperamento* del ruolo che la Costituzione riconosce al legislatore, sia di una *sovra-valutazione* del ruolo del giudice tanto costituzionale quanto comune (a quest'ultimo non passa certo inosservata l'opera di individuazione del diritto vivente da parte del giudice delle leggi)¹⁰⁰. Il sindacato costituzionale non si è mai davvero arrestato *ai confini* della discrezionalità legislativa in materia penale, ma si è svolto, soprattutto da un certo punto in avanti, *sui confini* della stessa. È stato sviluppato in maniera episodica, attraverso una varietà di percorsi, come è stato acutamente segnalato¹⁰¹, grazie al giudizio sulla ragionevolezza e alla

⁹⁵ D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, 2, pp. 48 ss.

⁹⁶ In merito alle difficoltà di considerare la coscienza sociale come elemento di una teoria della giustizia costituzionale cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017, 4, pp. 1 ss., in part. pp. 12 ss.; lo stesso A. mette in guardia, in uno scritto precedente, dalla sovrapposizione fra principi e valori e dalla sovraesposizione della figura del giudice, ID., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 4, pp. 919 ss.

⁹⁷ G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 6, pp. 4160 ss., cit., p. 4160.

⁹⁸ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di) *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., pp. 19 ss.

⁹⁹ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale. In onore di Vezio Crisafulli*, I, cit.

¹⁰⁰ E. R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005.

¹⁰¹ G. LEO, *Politiche sanzionatorie*, cit.

giustificazione, fornita, a posteriori, dalla dottrina delle cd. rime obbligate. Più in generale le decisioni manipolative e la ragionevolezza sono state considerate, come si è già ricordato, sin dall'inizio del loro utilizzo tipici strumenti di "invasione" delle scelte del legislatore e conferme della natura politica della Corte. L'incidenza di tali strumenti venne criticata all'inizio della parabola delle cd. rime obbligate, così come lo è oggi nel momento del suo superamento o aggiornamento, se si preferisce.

Non c'è dubbio che il nuovo orientamento possa concorrere a perpetuare scontri istituzionali. Anzitutto con il legislatore, benché il Collegio nell'usuale temperamento finale non manchi mai di ribadire che quella scelta nelle pronunce è solo una delle possibili soluzioni, fra quelle già esistenti e che il legislatore è libero di intervenire. Rimane evidente che il regime ordinario di scelta della pena non sia rimessa alla giurisprudenza costituzionale.

In secondo luogo, in modo più implicito e dunque più rischioso, potrebbe accadere che il giudice comune ritenga di "poter fare da solo", in via integralmente interpretativa, ad esempio facendosi guidare da considerazioni teleologiche, costituzionalmente orientate, sia nel senso di ridurre il campo di applicazione di una certa norma, sia in quello di colmare la lacuna, così ravvisata, mediante l'estensione di altri elementi normativi, giudicati più appropriati. Evidentemente non è ciò cui mira la nuova dottrina dei cd. versi sciolti, ma non si devono dimenticare le dinamiche innestate, in passato, da dottrine come quella dell'interpretazione conforme o dell'integrazione dei sistemi nazionali e sovranazionali di tutela.

La stagione è positiva, al contrario, per chi valuta che la manipolazione edittale, nel dare reale tutela al finalismo risocializzante, non sacrifichi che provvisoriamente e transitoriamente il monopolio legislativo: la scelta operata dal giudice costituzionale è recessiva rispetto alla futura opzione del legislatore, cui basterà esercitarla per ritornare ad appropriarsi della propria funzione legislativa¹⁰². C'è chi si spinge ad affermare che, per quanto ancora da precisare, tale indirizzo potrebbe anche rivelarsi in grado di migliorare ed aumentare il tasso di trasparenza delle politiche punitive e di arginare il montare del populismo penale¹⁰³.

Comunque la si valuti, evidenti sono i progressi, più in generale, riguardo la rivitalizzazione della centralità del ruolo del sindacato in via incidentale. Almeno

C'è chi ha messo in evidenza che la pregressa giurisprudenza costituzionale è stata limitata, limitativa e limitante, si veda A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., in particolare p. 791.

¹⁰² A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione*, cit., p. 805.

¹⁰³ F. CONSULICH, *La matematica del castigo*, cit., p. 1244; A. PUGIOTTO per la rubrica di *Fuoriluogo*, su il Manifesto del 24 aprile 2019, ha scritto che, in un clima di temperie populistiche, inclini a esaltare la valenza taumaturgica del carcere quale unica risorsa per sedare il senso d'insicurezza che attanaglia la nostra collettività, la Corte costituzionale si conferma essere una sorta di «isola della ragione», in www.fuoriluogo.it; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Donzelli, 2019; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi editore, 2019; e di E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Giappichelli, 2020; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, pp. 86 ss.; D. FALCINELLI, S. ANASTASIA, *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, cit.

nell'ottica del cd. ri-accentramento dei poteri perseguito dalla Corte, un ulteriore risultato positivo è il sicuro aumento delle, già numerose, ordinanze di remissione. Invero, la prospettiva del superamento, o dell'aggiornamento, delle rime cd. obbligate ha trovato già condivisione presso i giudici comuni. In questo senso, la dottrina dei cd. versi sciolti, abbinata ad una conclamata necessità di riforme, potrebbe consentire, in un futuro prossimo, di ritornare su questioni che la Corte aveva dovuto accantonare per mancanza di una soluzione *obbligata*. Si pensi all'avvertimento già lanciato dal Presidente emerito Silvestri¹⁰⁴, riprendendo quanto rilasciato dal collega Lattanzi: se il legislatore desistesse dal varare una riforma penitenziaria, ispirata ai principi costituzionali ed europei, ridiventerebbe attuale il monito, contenuto nella decisione n. 179 del 2013, aprendosi la prospettiva di una pronuncia di accoglimento, atta a trovare un rimedio effettivo e duraturo ad una situazione giudicata intollerabile alla luce dei più elementari principi di civiltà giuridica.

Per concludere: quella presente è una stagione in cui, come esemplarmente avviene nell'ambito in esame, la Corte riafferma la centralità propria e dell'istanza di legalità costituzionale, di cui essa si presenta come custode; e questa è una stagione diversa dalle altre, in cui l'atteggiamento prevalente era stato ben diverso. Le ragioni del cambiamento sono già state illustrate e dipendono soprattutto dal *contesto*: la crisi della legalità penale e delle politiche sanzionatorie interpellano fortemente i giudici comuni, in prima battuta, e, di conseguenza, quello costituzionale. In questo ambito, è evidente come ci si muova non solo al di fuori di regole positive stringenti, ma anche al cospetto di interpretazioni giurisprudenziali del modello processuale fluide e, dunque, opinabili e non del tutto esenti da aporie e contraddizioni, come del resto avveniva già con riguardo all'originaria dottrina delle cd. rime obbligate. Potrebbe risulterne indebolita la legittimazione del giudice costituzionale, in quanto essa si basi sull'applicazione di canoni costanti, sulla fedeltà ai precedenti e sull'elaborazione di dottrine interpretative il più possibile precise e prevedibili negli esiti? Forse. È infatti innegabile l'importanza del vincolo della Corte costituzionale ai precedenti e ai canoni processuali, così come è innegabile che i bruschi *revirements* mettono in discussione la reputazione della Corte e che i precedenti, anche processuali, meritano attenzione e anche osservanza.

Nondimeno, non ritengo di per sé precluso che, soprattutto nei casi più difficili e delicati, o di fronte a disfunzioni sistematiche manifestate dall'ordinamento repubblicano in determinate fasi della sua vita, la Corte si ponga il problema di rivedere le interpretazioni processuali date in precedenza, sulla base di considerazioni che guardano anche al di là dell'orizzonte propriamente processuale.

A contare è anche la capacità di dare effettività ai principi costituzionali, soprattutto quando la considerazione di questi ultimi da parte del sistema politico appare incerta ed erratica; contano, dunque, anche i fondamenti sostanziali ai quali le decisioni si appoggiano e la capacità di esse di sortire determinati risultati all'interno del sistema, in ciascun momento. In questa prospettiva, gli strumenti che, nonostante le loro

¹⁰⁴ G. SILVESTRI, *Corte costituzionale, sovranità popolare e "tirannia della maggioranza"*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, pp. 22 ss.; *Consulta e Carcere: intervista al Presidente Giorgio Lattanzi*, www.radioradicale.it.

imperfezioni teoriche, sono apparsi adatti in una stagione, possono rivelarsi difettosi in un'altra e richiedere la sperimentazione di tecniche nuove, sebbene anch'esse – forse a maggior ragione – opinabili.