

LE NORME PRODOTTE DALLE SENTENZE-LEGGE POSSONO ESSERE APPLICATE PER ANALOGIA DAL GIUDICE ORDINARIO?

1.- Non sempre l'ingegno è pari all'impegno. Ma le superficiali e scomposte reazioni, cui la stampa ha dato largo spazio, alla sentenza con la quale la Corte di Cassazione (Sezione III Penale, sent. n. 4377, 20 gennaio 2012) ha stabilito che «l'unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 [della Corte Costituzionale] è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all'art. 609-octies c.p. [violenza sessuale di gruppo]» hanno avuto il merito di richiamare l'attenzione su una pronuncia che - al di là della questione trattata - segna una svolta nei rapporti tra giurisdizione ordinaria (e giurisdizioni speciali) e giurisdizione costituzionale.

2.- Una svolta che si iscrive in una storia ormai risalente. Il principio disciplinatore dei rapporti tra giudici e Corte - la "non manifesta infondatezza" della questione - prescriveva, nel suo significato originario, che qualora il giudice avesse un minimamente serio dubbio sulla incostituzionalità di una norma "dovesse" sollevare la questione davanti alla Corte. La non manifesta infondatezza non prescriveva, cioè, che il giudice "potesse" sollevare la questione solo quando la questione apparisse non platealmente vacua e cervellotica; ma che il giudice "dovesse" sollevare la questione tutte le volte che, a fronte di un dubbio sulla incostituzionalità di norma, si convincesse che, per scacciare quel dubbio, fosse necessario un minimo di seria argomentazione.

La distinzione tra giudici e custodi della costituzione era, così, fissata in modo netto, attraverso un divieto: ai giudici è precluso argomentare intorno alla incostituzionalità di una norma (se non nel minimo necessario per dimostrare che i dubbi di incostituzionalità non sono farneticazioni). Una specifica attività intellettuale, come suonare il violino o dipingere ritratti, era semplicemente vietata.

3.- La Corte ha da tempo distrutto questo "vallo". Ha trasformato la non manifesta infondatezza in un principio che prescrive che il giudice, qualora abbia un minimamente serio dubbio sulla incostituzionalità di una norma, "non deve" sollevare la questione davanti alla Corte, ma deve, invece, compiere ogni sforzo per attribuire alla disposizione da cui quella norma è tratta un significato non incompatibile con la Costituzione. La non manifesta infondatezza - in questa nuova versione - prescrive che il giudice "deve" sollevare la questione soltanto se, a fronte di un dubbio sulla incostituzionalità di una norma, si convince che nessuna argomentazione riesce ad attribuire al testo, al documento normativo di cui quella norma costituisce un significato, un altro significato non incompatibile con la Costituzione.

Dalla "non manifesta infondatezza" si passa così alla "accertata fondatezza". S'intende: soggettiva, del giudice remittente, che "getta la spugna" dopo aver saggiato tutte le possibilità interpretative: un convincimento che certo non si sovrappone al giudizio di "fondatezza" dichiarato dalla Corte costituzionale. L'interpretazione della legge ordinaria (la formulazione della norma oggetto) e l'interpretazione della Costituzione (la formulazione della norma parametro) restano atti del giudice remittente, e nulla più. Ma quel che conta è l'onere (che è il peso di un dovere, e contestualmente il peso di una libertà, e dunque una responsabilità) che viene attribuito al giudice remittente, chiamato ad argomentare una (sua) "fondatezza" ancora più onerosa da dimostrare di quella con cui la Corte giustifica le sentenze di accoglimento. Infatti il

giudice non può limitarsi ad applicare il principio *malum ex quocumque defectu, bonum ex integra causa*. Non può limitarsi a dire: "il significato Sx della disposizione T è solidamente argomentabile come incostituzionale, e tanto basta per sollevare la questione" (così come la Corte può dire: "e tanto basta per pronunciare l'accoglimento"), ma deve dire "il significato Sx della disposizione T è incostituzionale perché è solidamente argomentabile che nessuno degli altri significati (da S1 a Sn) che sono attribuibili alla disposizione T è non incostituzionale". Un *malum*-incostituzionalità *ex integra causa*. E' ovvio che anche la Corte può/deve cercare altri significati conformi a Costituzione: ma mentre la formula logica "il significato Sx della disposizione T è solidamente argomentabile come incostituzionale, e dunque è dichiarato incostituzionale" esprime un iter argomentativo sufficiente, la formula "il significato Sx della disposizione T è solidamente argomentabile come incostituzionale, e dunque la questione non è manifestamente infondata" non esprime - nel diritto costituzionale vigente - un iter argomentativo sufficiente.

4.- La distinzione tra giudici e custodi della costituzione è stata, così, ridefinita e fissata in modo molto meno netto. Un monopolio, una primogenitura, sono stati rifiutati. Non vige più un divieto generale che copre l'intero campo dell'interpretazione costituzionale (fatto salvo il minimo accertamento sul carattere non pretestuoso della questione), e che dunque pone un interdetto, e conseguentemente una separazione oggettiva tra interpretazione della sola legge ordinaria e interpretazione costituzionale (della legge ordinaria oggetto e della costituzione parametro), intese come due attività sostanzialmente diverse. Ai giudici, nel nuovo contesto, è fatto obbligo di compiere le stesse operazioni interpretative che compie la Corte quando effettua una interpretativa di rigetto; e di non fermarsi fino a quando l'interpretazione conforme non sia stata trovata, o si sia raggiunta la certezza morale che non può essere trovata.

5.- Quel che finora, comunque, è restato fermo, dopo la svolta portata a compimento dalla Corte con le ordinanze di manifesta inammissibilità per insufficiente sforzo interpretativo, è che, a fronte di una norma presunta incostituzionale, la ricerca prescritta al giudice deve avere ad oggetto significati possibili della disposizione: di un testo. Un testo che rimane la invalicabile cornice linguistica, linguistico-culturale-dogmatica, grammaticale e sintattica della ricerca medesima.

Le ordinanze di manifesta infondatezza per insufficiente approfondimento della ricerca di una interpretazione conforme, e le sentenze interpretative, di accoglimento e di rigetto, si collocano nello spazio definito dal testo normativo scritto: tutte invitano il giudice a cercare una interpretazione "altra", ma entro la cornice che il segmento cognitivo dell'attività interpretativa determina.

6.- Con le sentenze additive la Corte forza il testo: introduce una nuova norma di rango legislativo che non costituisce il significato di alcuna disposizione presente in un atto con forma o con forza di legge. La dizione "sentenze-legge" non è una metafora; la norma aggiunta (àdita) di rango legislativo, non è una "norma senza disposizione specifica" ma pur sempre risultante dall'interpretazione di un complesso di disposizioni legislative: è una norma "ordinaria" senza fonte di produzione ordinaria (scritta). Ammettiamo che sia una norma prodotta dalla Corte attraverso un procedimento non arbitrario, ma di *interpretatio* (con tutte le valenze di "produzione" che questo termine comporta). Dal punto di vista che qui interessa la questione è marginale. Quel che conta è che una norma nuova (priva di disposizione scritta), indubitabilmente dotata di forza di legge, viene immessa nell'ordinamento. Il che rinvia alla più generale questione di quale sia esattamente lo *status* di tale norma: se vada trattata come una qualsiasi norma di legge, o se abbia uno *status* particolare.

Il problema che pone la Cassazione con la sentenza in oggetto è se una norma di tal genere sia direttamente applicabile nell'intero ordinamento. Più precisamente, se sia applicabile in via analogica, e cioè alle fattispecie disciplinate da una norma diversa da quella nei cui confronti è stata pronunciata la "addizione".

7.- La Cassazione ha ritenuto che l'ordinanza sia incorsa nel vizio di «errata interpretazione e applicazione della legge processuale con riferimento al terzo comma dell'art. 275 c.p.p.».

Questa «errata interpretazione» consiste nel fatto che «Il Tribunale ha ritenuto scontato che in presenza di gravi indizi del reato ex art. 609-octies c.p.p. si versi in ipotesi di applicazione del divieto di graduazione della misura cautelare fissato dal terzo comma dell'art. 275 c.p.p. nel testo risultante dalla modifica apportata dall'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009, convertito con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009, n. 38». Ma, prosegue la Cassazione, «tale interpretazione trascura il contenuto della sentenza n. 265 del 2010, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'analoga disposizione processuale con riferimento ai reati previsti dagli artt. 600-bis, 609-bis e 609-quater, n.1, c.p.p.». E' vero «che il giudice delle leggi non è stato interessato specificamente dell'esame del regime cautelare concernente l'art. 609-octies c.p., ma solo di quello applicabile ai citati reati richiamati anch'essi dal terzo comma del citato art. 275 c.p.p.», ma - e questo è il passaggio cruciale - «non vi è dubbio che i principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza del 2010 appaiono potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata agli odierni ricorrenti e che il giudice è chiamato ad affrontare il tema di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame».

Dal fatto che una dichiarazione di incostituzionalità di «analoga disposizione processuale» affermi «principi [...] potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata» la Cassazione deduce la necessità di «valutare, in primo luogo, se l'art. 275, terzo comma, c.p.p. possa essere interpretato in modo coerente coi principi fissati dalla Corte costituzionale anche con riferimento al reato ex art. 609-octies c.p., e, solo in caso di risposta negativa, a valutare se sussistano la non manifesta infondatezza e la rilevanza di un quesito da sottoporre alla Corte medesima».

La Cassazione si pone dunque nella posizione del giudice che deve ricercare l'interpretazione conforme e, da questo punto di vista, «ritiene che dalla lettura della citata sentenza della Corte costituzionale emerga l'esistenza di principi interpretativi direttamente applicabili all'art. 275, terzo comma, c.p.p. nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi del reato ex art. 609-octies c.p.».

Ma che cosa significa «esistenza di principi interpretativi direttamente applicabili»?

Si tratta di principi "direttivi" dell'interpretazione? O di principi (norme nuove) elaborati in via interpretativo/produttiva? La distinzione è fondamentale: gli uni sono indicazioni formulate in via di esempio (come è nelle sentenze interpretative di rigetto); gli altri sono norme. Che cos'è dunque che è direttamente applicabile all'art. 275, terzo comma, c.p.p. nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi del reato ex art. 609-octies c.p.? Un orientamento interpretativo o una norma?

8.- La questione rinvia a quella della "diretta applicabilità" della Costituzione; espressione con la quale si designano fenomeni diversi. Altro è infatti a) la diretta applicabilità da parte della Corte costituzionale, come parametri nei giudizi di costituzionalità, di tutte le norme costituzionalmente argomentabili, senza necessità dell'*interpositio legislatoris*; altro b) la diretta applicabilità da parte della Corte costituzionale, come parametri nei giudizi di costituzionalità, di tutte le norme costituzionalmente argomentabili, senza necessità dell'*interpositio legislatoris* neanche quando - come oggi si ammette - la norma costituzionalmente argomentata è una norma ipotetica fatta discendere da un mero principio (da una norma tetica). Fin qui si tratta di diretta applicabilità della Costituzione da parte della Corte costituzionale per definire norme costituzionali-parametro. Altro è c) l'ipotesi precedente quando oggetto del giudizio di costituzionalità è la norma generale esclusiva e quando la norma parametro viene "duplicata" in una norma con forza di legge che viene "addita" alla norma oggetto. Qui (nell'ipotesi delle sentenze-legge) l'interpretazione della Costituzione esce dal terreno della determinazione del parametro e si trasforma in attività di produzione. Altro, ancora, è d) la diretta applicabilità, da parte dei giudici, di "ipotesi" di norme costituzionalmente argomentate da loro stessi come norme parametro per la individuazione di norme di legge ordinaria incostituzionali e per la conseguente ricerca di interpretazioni conformi della stessa disposizione dalla quale

la norma incostituzionale è tratta. Qui si tratta dell'applicazione della Costituzione come criterio selettivo di significati possibili della disposizione; e si rimane - rotto il "vallo" della non manifesta infondatezza - nel campo proprio della interpretazione giudiziaria. Altro, infine, è e) la diretta applicabilità, da parte dei giudici, di norme costituzionalmente argomentate da loro stessi come norme di riconoscimento di diritti costituzionali (ipotesi che presenta profili diversi, uno dei quali è la *Drittwirkung*) non tutelati da alcuna norma di legge ordinaria. Qui si tratta della diretta applicazione, da parte dei giudici, della Costituzione come fonte sulla produzione, ad opera dei giudici stessi, di norme con forza di legge; e si esce dal terreno dell'interpretazione. Il caso in esame non rientra in alcuna delle ipotesi ora elencate. All'inizio c'è una sentenza legge. E' ovvio che tale sentenza non risolve il giudizio con una interpretazione della norma oggetto, tanto che opera l'addizione: il che significa che la disposizione - nella sua scrittura - non tollerava di essere interpretata in modo conforme alla Costituzione. Dunque ciò che si è estesa non è una interpretazione, ma una norma.

9.- Si deve dunque chiarire come debbano essere concettualmente ricostruiti i passi della sentenza in cui la Cassazione afferma: a) che la disciplina, risultante dal combinato dell'art. 275, terzo comma, c.p.p. e dagli artt. 609-bis e 609-quater c.p., dichiarata incostituzionale (nell'ambito di una dichiarazione di incostituzionalità più ampia, che colpiva anche l'art. 600-bis c.p.) è «*analogica*» alla disciplina risultante dal combinato dell'art. 275, terzo comma, c.p.p. e dall'art. 609-octies «reato che presenta caratteristiche essenziali non difformi da quelle che la Corte costituzionale ha individuato per i reati sessuali (art. 609-bis e art. 609-quater c.p.) sottoposti al suo giudizio in relazione alla disciplina ex art. 275, terzo comma, c.p.p.»; b) che conseguentemente «i principi interpretativi che la Corte costituzionale ha fissato con riferimento ai reati ex art. 609-bis e 609-quater c.p., [sono] principi in toto applicabili anche alla ipotesi di reato ex art. 609-octies c.p.»; c) che, conseguentemente, «l'unica *interpretazione* compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 ... è quella che *estende* la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all'art. 609-octies c.p.p.».

10.- Utilizzando le espressioni usate dalla sent. n. 28 del 2004, si deve ritenere acquisito dalla dottrina delle sentenze-legge: a) che i principi affermati dalla giurisprudenza additiva della Corte sono «presenti nell'ordinamento» e «decisivi» per l'interpretazione delle altre disposizioni del settore normativo interessato; b) che tale efficacia vincolante l'interpretazione si esplica soltanto nella misura in cui i termini usati dalle disposizioni medesime «non enuncino espressamente una regola contraria» a quella addita dalla Corte, e nemmeno la accolgano «per implicito»; c) che, conseguentemente, se si è in presenza di un «dato normativo neutro, l'interprete è vincolato a tener conto del [...] principio enunciato da[la] Corte ai fini del rispetto del canone della c.d. interpretazione sistematica». Quel che preme sottolineare è che, in questa ricostruzione, l'interpretazione delle "altre" disposizioni del settore normativo interessato da una sentenza additiva - interpretazione attraverso la quale si rimuove lo stesso vizio di incostituzionalità che la sentenza additiva aveva dichiarato in riferimento alla "fattispecie prima" applicando alla "fattispecie altra" la norma addita dalla sentenza stessa - non è affatto una "interpretazione conforme" alla Costituzione, ma una interpretazione sistematica della legge ordinaria (che determina, attraverso un canone utilizzato "in orizzontale" - e cioè applicato alle sole fonti di rango legislativo - il significato non incostituzionale della disposizione affetta da un dubbio di incostituzionalità).

Quid iuris se le altre disposizioni del settore normativo interessato usano termini che «enunciano espressamente una regola contraria» a quella addita dalla Corte? e cioè se il loro tenore letterale non tollera l'interpretazione sistematica (che deve pur sempre attribuire alla disposizione un significato linguisticamente accettabile)?

11.- Da quanto sopra detto risulta che l'operazione compiuta dalla Cassazione non è una interpretazione conforme del combinato dell'art. 275, terzo comma, c.p.p. e dell'art. 609-octies. E questo perché, si ripete, tali disposizioni non possono linguisticamente "sopportare" il significato che la Cassazione, evocando la

sentenza della Corte costituzionale, loro attribuisce. Se la sentenza n. 265 del 2010 della Corte costituzionale non ha potuto risolvere l'incostituzionalità con una sentenza interpretativa, è ovvio che lo stesso dato testuale oggetto della considerazione della Corte - o un dato analogo - non può essere "reso conforme" in via meramente interpretativa. D'altro canto l'«estensione» dei «principi interpretativi» «fissati» da tale sentenza non è nemmeno ricostruibile come un esercizio di interpretazione sistematica della norma àdita e delle disposizioni sospettate di incostituzionalità, perché, di nuovo, il linguaggio di tali disposizioni non presenta quella neutralità per cui ai termini che le compongono possa essere attribuito il significato "sistematico" loro conferito dalla presenza della norma àdita stessa. Si tratta in realtà - e con ciò la difficoltà si supera - di una applicazione analogica della norma nuova prodotta dalla sentenza additiva.

10.- Se così ricostruito, il procedimento è corretto.

La sentenza-legge introduce nell'ordinamento una nuova norma con forza di legge (nel caso di specie una norma facoltizzante, realizzando un effetto sostitutivo, ma comunque attraverso una addizione). Le discipline legislative di casi simili e materie analoghe che non prevedono tale norma possono essere tecnicamente definite come lacunose, sotto la responsabilità del giudice che individua il *tertium comparationis* legittimante l'analogia. E' vero che l'assenza di una norma di legge ordinaria, in presenza di una norma costituzionale a partire dalla quale sia possibile argomentare l'incostituzionalità dell'assenza medesima, configurerebbe una lacuna incostituzionale, per omissione del legislatore. Ma la presenza nell'ordinamento della norma prodotta dalla sentenza additiva "raddoppia", per così dire, la lacuna, perché la presenza della norma assente non è più richiesta solo dalla Costituzione, ma anche dalla norma prodotta dalla sentenza, che non può non avere rango legislativo. La lacuna per omissione del legislatore acquisisce così l'ulteriore carattere di lacuna tecnica a tutti gli effetti. I giudici hanno conseguentemente il diritto di colmarla attraverso l'analogia¹.

L'unico modo per impedire il ricorso all'analogia sarebbe qualificare la norma introdotta dalla sentenza-legge come una legge eccezionale. Ma compete pur sempre ai giudici attribuire tale qualifica.

¹ Il tema dell'applicazione analogica della norma àdita è stato trattato da F. Modugno, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, e da G. U. Rescigno, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, entrambi in *Giur. Cost.*, 2009, pp. 2405 ss. e pp. 2412 ss., che giungono a conclusioni diverse da quelle qui sostenute. Alla loro discussione sto dedicando un più ampio lavoro.