

## LA CORTE DI CASSAZIONE PENALE E L'ILLEGITTIMITÀ CONSEQUENZIALE DELLE LEGGI NELLA «SECONDA MODERNITÀ»

**SOMMARIO:** 1. Una vicenda “rivelatrice”. - 2. La frontale spaccatura della dottrina. - 3. «Tanto rumore per nulla»? Le tesi per cui la Corte di cassazione avrebbe praticato un'estensione analogica o un'interpretazione sistematica: a) l'analogia. - 3.1. Analogia e *ratio legis*. - 3.2. Analogia e lacune. - 3.3. Lacune assiologiche, tra analogia e sindacato di ragionevolezza. - 4. (*Segue*) b) L'interpretazione sistematica. - 4.1. Oltre i limiti delle possibilità interpretative della legge (oltre che di autointegrazione dell'ordinamento) - 5. L'illegittimità consequenziale pronunciata... dalla Corte di cassazione. - 6. Distinzione o commistione dei ruoli tra giudici comuni e Corte costituzionale? - 7. Una prima impostazione del problema. - 8. Una notazione finale: confusioni istituzionali e modernità «liquida».

*«Lasciamo un Novecento nel corso del quale credevamo di essere riusciti a perfezionare la capacità di governo della società contemporanea (...). Ci accorgiamo che il mondo ha continuato a camminare più veloce di noi e ha cominciato a porci domande e ad avere esigenze davanti alle quali quella perfetta architettura si rivela una locomotiva a vapore nell'epoca dell'elettricità».*  
(G. Amato, in coll. con F. Forquet, *Tornare al futuro*, Roma-Bari, Laterza 2002, 53).

### 1. Una vicenda “rivelatrice”

La vicenda è ben nota, essendo assurta agli onori, o meglio al fragore<sup>1</sup>, della cronaca giornalistica ed avendo prontamente suscitato un vivo dibattito in seno alla dottrina giuridica, sia costituzionalistica che penalistica, anche di tipo processuale; per completezza tuttavia vi si accenna brevemente.

A partire dalla fine del 2010, l'art. 275 c.p.p. – intitolato *Criteri di scelta delle misure* (s'intende: cautelari) – è stato colpito da una serie ravvicinata di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di identico tenore, che ne hanno progressivamente eroso la portata normativa. Precisamente il bersaglio è stato costituito dal 3° comma, norma che, dopo aver dato voce al fondamentale principio del carattere tipicamente residuale della custodia cautelare in carcere<sup>2</sup>, espressione paradigmatica del *favor libertatis*, non manca di apportarvi contestualmente vistose deroghe. Per una schiera fitta ed eterogenea (quanto ad oggetto, struttura e trattamento sanzionatorio) di fattispecie di reato espressamente enumerate<sup>3</sup> la misura in assoluto più gravosa che possa essere inflitta all'indagato diviene, infatti, l'*unica* automaticamente applicabile, fatta eccezione per la sola ovvia circostanza in cui risulti che non vi siano esigenze cautelari da fronteggiare.

Per tali delitti, il cui regime rappresenta quindi una vistosa eccezione a quello fissato in generale<sup>4</sup>, il legislatore ha ritenuto in sostanza di disporre una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere al fine di sopperire alle esigenze cautelari, disattendendo appieno le istanze autorevolmente ed insistentemente rappresentate già da tempo da un'autorevole voce processualpenalistica. Allo scopo di

<sup>1</sup> Le reazioni sulla stampa quotidiana sono state a tratti scomposte ed hanno pure indotto la stessa Corte di cassazione a rilasciare un comunicato, a mo' di chiarimento.

<sup>2</sup> Recitando: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando qualsiasi altra misura risulti inadeguata».

<sup>3</sup> Le deroghe sono frutto di una stratificazione successiva: in un primo momento, lo speciale regime contrassegnava solo i delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso, ex d.-l. n. 152/1991, conv. in l. n. 203/1991 e d.-l. n. 292/1991, conv. in l. n. 356/1991; in un secondo tempo, lo si è esteso a tutte le altre ipotesi di reato che risultano indicate dall'art. 275 c.p.p., 3° comma, ex d.-l. n. 11/2009, conv. con emendamenti nella l. n. 38/2009, inclusa nel c.d. “pacchetto sicurezza”; infine, si è aggiunta l'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, ex l. n. 94/2009, anch'essa appartenente al predetto “pacchetto”.

<sup>4</sup> Per esse risultava infranto il principio del “minore sacrificio necessario” della libertà personale che, insieme al precipitato della “pluralità graduata” della misura, era posto alla base del sistema cautelare edificato dal codice di procedura penale del 1988.

evitare sacrifici eccessivi e irragionevoli al bene della libertà personale, tale voce suggeriva con fermezza l'opportunità che, pur facendo salvo il regime speciale – basato sulla normalità della custodia per determinate fattispecie – si sostituisse il meccanismo legislativo con una presunzione *iuris tantum* di idoneità della stessa misura, che ammettesse la possibilità di provare, nel singolo caso, la sufficienza di provvedimenti meno afflittivi<sup>5</sup>.

Di fatto, invece, la disciplina introdotta, sorda alle esigenze or ora rappresentate e tendente in ultima analisi ad addossare alla giurisdizione penale finalità di controllo sociale, finisce per equivalere ad una «riedizione della vecchia cattura obbligatoria»<sup>6</sup>, ove solo si ponga mente alla realistica impossibilità, per le fattispecie di reato normativamente elencate, di provare l'insussistenza di qualsiasi esigenza cautelare.

Proprio a ripristinare il corretto bilanciamento tra i valori in gioco<sup>7</sup> è tesa, dunque, la raffica di strali lanciati alla normativa dalla Corte costituzionale, che man mano provvede a declassare il grado della presunzione<sup>8</sup> per alcune delle numerose ipotesi di reato contemplate nell'art. 275, 3° comma, c.p.p. Il dispositivo adottato nelle quattro decisioni emesse è sempre identico a sé, mutando di volta in volta solo il titolo di reato interessato: le pronunce, tutte manipolative di tipo additivo includono nella norma *de qua* la possibilità della *demonstratio in bonam partem* suggerita dalla dottrina, volta cioè a comprovare la sufficienza, da soppesare in concreto, di provvedimenti più miti (riproducendo le parole della Corte, si dichiara l'incostituzionalità della disposizione «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto x, è applicata la misura cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»<sup>9</sup>).

L'organo costituzionale di controllo, nella sua serie di interventi, trova pure il modo di puntualizzare che il più aspro regime continua comunque ad apparire giustificato per la fattispecie penale per la quale era stato originariamente pensato ed introdotto<sup>10</sup>, come risposta ad esigenze particolarmente pressanti di sicurezza sociale: i delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso<sup>11</sup>.

Il ritmico e quieto snodarsi della catena di pronunce “erosive”, l'una fotocopia dell'altra, viene tuttavia spezzato dal sopraggiungere di un fatto nuovo, quando la complessiva manovra di accerchiamento condotta dal giudice delle leggi continua ad essere portata avanti di propria esclusiva iniziativa dalla Corte di cassazione<sup>12</sup>. L'istanza di legittimità procede in solitaria, quasi regale autarchia, ad applicare il più mite regime cautelare disegnato dalla Corte costituzionale ad un altro dei delitti rientranti nell'elenco dell'art. 275

<sup>5</sup> V. M. CHIAVARIO, *Variazioni comparatistiche sul tema delle alternative alla “detenzione obbligatoria” in corso di processo*, in *Foro it.*, 1975, V, 57 ss. e ID., *Lotta alla criminalità organizzata*, Atti dell'incontro di studio del CSM, Roma 1978, 241 ss.

<sup>6</sup> Così M. CHIAVARIO, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2012, 2.

<sup>7</sup> La Corte precisa che la gravità in astratto del reato, desumibile dalla misura della pena o dal rango dell'interesse protetto non può costituire un indice di ragionevolezza, trattandosi di parametro proprio del giudizio di colpevolezza che non può fungere da elemento preclusivo in ordine alla verifica della sussistenza di esigenze cautelari, del loro grado e della conseguente individuazione della misura più idonea a soddisfarle. Altrimenti si produce una lesione dell'art. 27 comma 2 Cost., attribuendo alle misure cautelari tratti funzionali tipici della pena, e si legittima l'equiparazione di fatto dello *status* di imputato a quello di condannato. Ancora, la Corte ha stigmatizzato il tentativo di piegare all'esigenza di contrastare situazioni di (vero o presunto) allarme sociale, legate alla dichiarata crescita quantitativa di determinati delitti, la custodia cautelare in carcere, contraddicendone la natura servente rispetto al processo assegnatale dalla Carta costituzionale.

<sup>8</sup> Per la Corte costituzionale, la presunzione assoluta è da considerarsi irragionevole (mutuando così il principio di falsificabilità delle ipotesi elaborato dalla concezione post-positivista della scienza) qualora risulti agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a fondamento di detta presunzione (sent. n. 265/2010).

<sup>9</sup> V. sent. n. 265/2010, sui delitti a sfondo sessuale di cui agli artt. 600-bis, 1° comma, 609-bis e 609-quater c.p. (induzione e sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale, atti sessuali con minori); sent. n. 164/2011, sull'omicidio volontario (art. 575 c.p.); sent. n. 231/2011, sull'associazione a delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74, d.P.R. n. 309/1990) e sent. n. 110/2012, sull'associazione a delinquere finalizzata alla contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell'ingegno o di prodotti industriali, ex art. 473 c.p., e all'introduzione nello Stato e al commercio di prodotti con segni falsi, ex art. 474 c.p. (c.vo non testuale).

<sup>10</sup> Per la verità inizialmente esso era stato introdotto anche per altre gravi fattispecie, ma era stato poi circoscritto, con un parziale dietrofront garantista, dalla l. n. 332/1995.

<sup>11</sup> La Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale di tale prima novella legislativa, aveva già da tempo chiarito che «la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (delimitazione mantenuta nella recente novella) rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato» (sent. n. 450/1995).

<sup>12</sup> Cass., sez. III pen., sent. n. 4377, 20 gennaio 2012, su cui v. E. MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzione di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Legisl. pen.*, 2010, 499.

c.p., 3° comma (quello di cui all'art. 609-octies c.p., violenza sessuale di gruppo), senza ritenere di dover a tal proposito interpellare l'istanza preposta al sindacato di legittimità costituzionale.

L'*iter* motivazionale della sentenza, che decide il ricorso avverso la pronuncia del tribunale del riesame di conferma della custodia cautelare a carico degli indagati per stupro di una minorenni, si snoda attraverso il seguente andamento. I ricorrenti chiedevano alla Corte di rilevare «errata applicazione di legge e vizio di motivazione ex art. 606, lett. b) ed e) c.p.p. per avere il Tribunale, nonostante i numerosi elementi positivi adottati a sostegno della impostazione difensiva, richiamato la obbligatorietà della misura della custodia in carcere ex art. 275, terzo comma, c.p.p. senza estendere anche a tale norma i principi fissati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 265 del 21 luglio 2010» o, in alternativa, il «difetto di costituzionalità dell'art. 275, terzo comma, c.p.p., se non interpretato in conformità alla citata sentenza della Corte costituzionale, con conseguente trasmissione degli atti a tale Corte». La suprema Corte, dopo aver ricostruito brevemente «la filosofia che anima la disciplina delle misure cautelari personali», che rifiuta ogni automatismo, pur mettendo espressamente in evidenza che nella sentenza costituzionale richiamata, tale filosofia aveva portato alla *dichiarazione di illegittimità costituzionale* delle disposizioni allora *sub iudice*, conclude nel senso che «l'unica *interpretazione* compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010, citata, 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.». Essa osserva, infatti, come dalla lettura della sentenza costituzionale n. 265/2010 sui delitti sessuali «emerge 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.p.», in quanto «se è vero che il giudice delle leggi non è stato interessato specificamente dell'esame del regime cautelare concernente l'art. 609-octies c.p.p., ma solo di quello applicabile ai citati reati richiamati anch'essi dal terzo comma del citato art. 275 c.p.p., 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»<sup>13</sup>.

Se la bontà dell'obiettivo perseguito – salvaguardare anche per quella fattispecie il bene dell'*habeas corpus*, che si reputa irragionevolmente sacrificato – appare, per i motivi sopra chiariti, sin da subito pressoché scontata, accesi contrasti si aprono invece sul versante della tecnica adottata<sup>14</sup>.

L'interrogativo che si pone è se il "vertice" della magistratura ordinaria possa proseguire da sé, in piena autosufficienza, l'opera di smantellamento del rigore della previsione legislativa intrapresa dall'organo costituzionale di controllo, ovvero se, per ognuna delle varie fattispecie di reato incluse in tale previsione, sia necessaria una puntuale e specifica valutazione del giudice delle leggi, unico organo legittimato ad assottigliare ulteriormente, fino a ridurlo all'osso, l'ambito applicativo dell'art. 275, 3° comma, c.p.p.

Sul punto le soluzioni dei commentatori si dividono apertamente, lasciando emergere una profonda e netta contrapposizione, densa di implicazioni.

## 2. La frontale spaccatura della dottrina

Secondo una parte dei commentatori l'operazione è senza alcun dubbio alla portata dei giudici, anche se poi le posizioni nel dettaglio divergono: per qualcuno<sup>15</sup> si tratterebbe di applicazione analogica della norma introdotta dalla Corte costituzionale per le fattispecie di reato in precedenza oggetto delle sentenze additive; mentre altri<sup>16</sup>, pur ritenendo parimenti che non si siano valicati i confini posti alla giurisdizione, reputano tuttavia che i giudici abbiano fatto ricorso ad un'interpretazione sistematica del quadro normativo come determinatosi a seguito dei ripetuti interventi manipolativi dell'apposita Corte.

<sup>13</sup> Cass., sez. III pen., sent. n. 4377, cit. (c.vi non testuali).

<sup>14</sup> Come si evince chiaramente già da alcuni dei primi commenti: v., in particolare, M. CHIAVARIO, *Merito e metodo*, cit., e ID., *Ancora libertà "ch'è sì cara"... e qualche interrogativo sul rispetto dei confini di ruoli istituzionali*, in *Legisl. pen.*, 2012, 1 ss.

<sup>15</sup> V. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *www.rivistaaic*, 1/2012, 1 ss.

<sup>16</sup> È l'opinione, segnatamente, di P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole sciocco mediatico*, in *Guida al diritto*, 11/2012, 58 ss.

Su diverse posizioni si pone, invece, chi sostiene che con la sentenza in commento si versi senz'altro al di là del raggio d'azione degli organi giudiziari, che si sarebbero spinti ad effettuare un intervento esclusivamente riservato al giudice delle leggi<sup>17</sup>.

Poiché evidentemente il nodo da sciogliere non tocca solo l'identificazione del tipo di tecnica impiegato, a meri fini qualificatori, ma prelude ad una risposta decisiva per la stessa individuazione degli organi competenti a incidere su una previsione normativa a fattispecie complessa o plurima, dichiarata incostituzionale per una o più parti, sembra opportuno svolgere ulteriori precisazioni: ci si sofferma pertanto inizialmente sulle tesi che ritengono pienamente accettabile la decisione della cassazione penale e vedono nelle reazioni ad essa, in un certo senso, solo "tanto rumore per nulla".

Va detto fin d'ora, peraltro, che la decisione sul regime cautelare della violenza sessuale di gruppo non rappresenta un fulmine a ciel sereno. Il riferimento è alla precedente e significativa sent. n. 208/2009 dell'organo costituzionale di controllo, sulle misure di sicurezza adottabili a carico dell'infermo di mente, in particolare sull'incostituzionalità dell'automatica previsione del ricovero in casa di cura e custodia: decisione di inammissibilità pronunciata alla luce del principio, già emergente dalla giurisprudenza costituzionale, che esclude l'automatismo di misure detentive quando altre meno drastiche possano rivelarsi in concreto idonee, in cui l'intervento della Corte si risolve in definitiva nell'invito rivolto ai giudici a correggere da sé l'interpretazione dell'enunciato impugnato<sup>18</sup>. Anche in quel caso gli organi giurisdizionali erano stati investiti (per di più dietro espressa sollecitazione del giudice delle leggi) del compito di concretizzare un principio enucleabile dalla giurisprudenza costituzionale, contenente una valutazione d'incostituzionalità di certe scelte normative e già allora si era profilata in dottrina una sensibile divergenza di opinioni<sup>19</sup>.

### 3. «Tanto rumore per nulla»? Le tesi per cui la Corte di cassazione avrebbe praticato un'estensione analogica o un'interpretazione sistematica: a) l'analogia

Perché sia fondato il ricorso all'analogia, occorrono, secondo le salde acquisizioni tradizionali, due requisiti: l'esistenza di una lacuna e l'identità di *ratio* tra il caso non previsto e la fattispecie presa in considerazione dalla regola che si vorrebbe estendere. Prendiamo in esame i due requisiti, in ordine inverso di importanza.

#### 3.1. Analogia e ratio legis

Come insegna Bobbio, il ricorso all'analogia nel diritto, come tipico strumento per colmare una lacuna legislativa, riposa su basi logiche, nel senso che esso è possibile, ogni volta che sia rinvenuta tra due casi una relazione logica di somiglianza, intendendo per somiglianza (sulla scorta della definizione aristotelica) la concorrenza tra due termini sotto l'aspetto della qualità<sup>20</sup>, ovvero la *stessa qualità* di due cose differenti. Quando in particolare poi, le "cose" poste a confronto sono fattispecie prese in considerazione dal diritto, la generica "qualità" di cui si parla diviene agevolmente identificabile con l'*eadem ratio* sottesa alla loro regolamentazione giuridica<sup>21</sup>.

E proprio la discussione sulla *ratio* e sul modo corretto di intenderla costitui, a partire dal medioevo, il banco di prova della compatibilità del ricorso al procedimento analogico con le concezioni del diritto prevalenti all'epoca.

Tale sfida si palesò apertamente nella controversia relativa alla possibilità di equiparare all'*eadem ratio* la *ratio similis*, problema che, risolto dai giuristi, senza adeguata consapevolezza teorica, in senso

<sup>17</sup> Conformemente, in questo senso, S. QUATTROCOLO, *Quando il legislatore ordinario forza i principi generali, il giudice forza i limiti della giurisdizione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); M. CHIAVARIO, *Merito e metodo*, cit.; ID., *Ancora libertà "ch'è sì cara"*, cit. e M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2012.

<sup>18</sup> Così Trib. Trapani, sent. 7 dic. 2009, n. 304.

<sup>19</sup> F. MODUGNO, *Inammissibilità della questione di legittimità per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto* e 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*, in *Giur. cost.*, 2009, risp. 2412 e 2416.

<sup>20</sup> Così (esclusa ovviamente la ricorrenza dell'*identitas*) nei trattati di logica giuridica si distingueva la *similitudo* dalla *paritas*, che è la concordanza tra due termini sotto l'aspetto della quantità: v. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, 34.

<sup>21</sup> V. N. BOBBIO, *L'analogia*, cit., 38 ss.

positivo, per la finalità pratica di colmare le lacune, fu correttamente posto (e conseguentemente risolto) dai teologi e poi dagli studiosi di diritto canonico: l'*extensio* è possibile solo se della legge si accoglie una concezione razionalistica, mentre è preclusa (essendo consentita solo la *comprehensio*) se si accede ad una concezione volontaristica, in quanto questa si preoccupa in primo luogo di mantenere integro il *dictum* del legislatore e dunque è refrattaria ad ogni operazione di estensione delle regole espressamente dettate a casi non previsti.

Ai canonisti, dunque, apparve subito chiaro, grazie a una più avveduta riflessione, come la soluzione dipendesse dalla concezione che si intendesse accogliere della legge, posto che, dando a questa una coloritura di stampo volontaristico, diveniva fondamentale non travisare o tradire la scelta dell'autore della regola, impressa nella formulazione di questa. La conseguenza che se ne faceva derivare era l'esclusione della praticabilità dell'estensione analogica in caso di *ratio similis*.

L'analogia, come si vede, ricopriva una posizione teorica cruciale, poiché nell'affrontare il tema si dibattevano, da un lato, l'esigenza di perseguire la completezza dell'ordinamento, postulato fondamentale dell'epoca e, dall'altro, quella di garantire la fedeltà al dettato del legislatore. Nell'età medievale e moderna, in altri termini, la posta in gioco, quando si parlava di tecnica analogica, era data dalla risoluzione di uno dei problemi fondamentali di ogni ordinamento, quello di innovarsi rimanendo fedele alla sua struttura, di rigenerarsi nella conservazione e nella continuità (di qui l'importanza data al rispetto della volontà del legislatore, che nell'apertura all'innovazione e mantenendo il punto fermo irrinunciabile della concezione volontaristica della legge, non poteva uscirne forzata o tanto meno negletta).

Oggi, caduto il presupposto teorico della coerenza dell'ordinamento giuridico, l'applicazione analogica perde il suo rilievo centrale, anzi direi cruciale, negli studi di teoria generale del diritto. Tuttavia, pur presentandosi notevolmente scemata l'importanza teorica del profilo relativo al rispetto delle scelte del legislatore, che complicava in passato il ricorso all'analogia (tanto utile nella pratica), rimane fermo, naturalmente, che non si possa fare a meno di ribadirne, come *condicio sine qua non*, la preconditione dell'identità di *ratio*: ciò che cambia è l'ottica e il paesaggio concettuale in cui essa si inserisce, che appaiono, per così dire, sdrammatizzati e "laici".

È anche vero che l'analisi di Bobbio è svolta entro le coordinate di una ricostruzione dell'attività interpretativa profondamente tributaria degli studi di logica e permeata dalla loro cristallina certezza, ricostruzione naturalmente non più attuale nella sua totalità (anche se va dato atto della circostanza per cui allo stesso Bobbio non sfuggivano gli elementi di incertezza presenti all'interno del procedimento analogico, costituiti dalla difficile opera di enucleazione della ragion sufficiente di una certa disciplina, quelle caratteristiche cioè della fattispecie necessarie e sufficienti per giustificare l'applicazione di una certa regolamentazione piuttosto che di un'altra)<sup>22</sup>.

D'altro canto, non si deve dimenticare che fu proprio la costruzione rigorosa delle condizioni di praticabilità della tecnica che le guadagnò l'appartenenza a pieno titolo all'attività di interpretazione giuridica<sup>23</sup>: indiscusso esito, questo, che si rispecchiava per es. pianamente e felicemente nella terminologia adottata dagli studiosi medievali, i quali annoveravano l'analogia nell'ambito dell'interpretazione (veramente) estensiva, facendo rientrare, invece, quella che oggi siamo soliti definire tale nella mera *comprehensio legis*<sup>24</sup>. È senz'altro frutto di una deviazione postuma l'accostamento tra analogia e strumenti di creazione giudiziale del diritto.

In ogni caso, seppure non possano attingere a quella stringenza logica che è propria della matematica, configurandosi cioè, come avrebbe voluto Aristotele, come proporzioni di tipo geometrico ( $a : b = c : d$ ), quelle analogiche sono pur sempre operazioni che possono senz'altro rivendicare la forza

<sup>22</sup> È proprio la delicatezza insita nel momento di ricostruzione della *ratio legis* che giustifica l'opinabilità di un procedimento che altrimenti offre garanzie di certezza: v. ancora N. BOBBIO, *L'analogia*, cit., 109 s. e, di recente, per un richiamo al momento valutativo insito nell'analogia, anche R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Milano 1998, 220 ss.

Se per la quasi totalità degli studiosi di logica quest'aspetto rimane in una "zona oscura" del ragionamento, secondo C.S. Peirce rientra in una delle forme fondamentali di inferenza, accanto all'induzione e alla deduzione, vale a dire nella "abduzione" (termine derivato dagli Analitici Primi di Aristotele), che illumina gli «elementi psicologici» dell'analogia, accostabili alla «sensazione di una illuminazione (*flash of insight*)»: v. in merito S. MCJOHN, *Sull'ubertà: il ragionamento giuridico per analogia e la teoria dell'abduzione di Peirce*, in AA.VV., *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, a cura di L. Pelliccioli e V. Velluzzi, Pisa 2011, 65.

<sup>23</sup> Così, nella vasta letteratura, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 350 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in *Studi Senesi*, XCVII, 1985, 430 ss. e G. CARCATERRA, *Analogia, I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II (1988), 1 ss.

<sup>24</sup> V. N. BOBBIO, *L'analogia*, cit., 18.

persuasiva di un procedimento di natura non soltanto logica, ma anche metalogica ed assiologica (susceptibile quindi di interpretazioni anche diverse).

Pur con tali precisazioni, dunque, l'oggettiva verificabilità dell'*argumentum a simili* non è contestabile e a tal fine la concordanza delle *rationes* rimane presupposto indispensabile; ecco perché non è affatto da sottovalutare una perplessità che attiene proprio alla assimilabilità delle fattispecie coinvolte nell'estensione che la sez. III della cassazione penale pratica del regime cautelare, risultante dalle additive del triennio 2010-2012, al reato di violenza sessuale di gruppo.

A prima vista, tra le ipotesi criminose già oggetto delle sentenze additive da parte della Corte costituzionale e l'altra, oggetto della pronuncia della cassazione, può senz'altro ritenersi che ricorra la medesima ragion d'essere della norma aggiunta e cioè l'esigenza di disporre un regime cautelare adeguatamente bilanciato tra l'effettivo atteggiarsi della pericolosità sociale dell'indagato e il principio fondamentale di tutela della libertà personale. Un sensato dubbio potrebbe tuttavia porsi al riguardo, come si diceva, per il fatto che (come la stessa Corte costituzionale ha tra l'altro espressamente sottolineato) i delitti precedentemente oggetto dell'addizione *de qua* sono tutti fattispecie di reato monosoggettive, laddove, per definizione, plurisoggettiva è invece la condotta delineata nell'art. 609-octies c.p., conformazione questa cui solitamente corrisponde una più alta valutazione di pericolosità<sup>25</sup>.

Obiezione, come ognuno vede, di una certa serietà.

### 3.2. Analogia e lacune

Non occorre tuttavia prendere posizione al riguardo: un altro, ben più rilevante, anzi dirimente, ostacolo si frappone alla qualificazione della operazione contenuta nella sentenza della sez. III in termini di analogia. Si fa riferimento all'assenza, nel caso di specie deciso dalla cassazione penale, di una lacuna normativa.

Per chiarire bene questo punto occorre confrontarsi con gli sviluppi più recenti della filosofia del diritto, che tendono a valorizzare il ruolo dell'analogia nell'ambito del ragionamento giuridico, considerandolo uno schema che ricorre in modo imprescindibile e costante nell'applicazione delle norme.

Per Kaufmann *tutta* l'applicazione del diritto segue processi di tipo analogico. Se questa tesi, quando fu sostenuta, nel 1965, destò stupore, ciò accadde perché la convinzione metodologicamente dominante separava l'interpretazione dall'analogia, ma in realtà essa riportava alla tradizione più antica, che riconosceva al procedimento *de quo* piena appartenenza all'interpretazione giuridica non relegandolo nel campo della creazione del diritto ma in quello della sua conoscenza<sup>26</sup>.

Nella tradizione classica infatti si giungeva correttamente alla conclusione che l'estensione analogica, riproducendo per il caso non previsto la regolamentazione dettata per un'altra fattispecie dotata della medesima *ratio*, rimanesse entro i limiti del diritto, mentre fu solo a causa di un travisamento successivo, come si accennava, che si revocò in dubbio questo assunto, sulla scia dell'imperante crisi delle fonti che, facendo esplodere il problema dell'incompletezza, aprì la strada a plurime forme di *Rechtsbildung* (diritto libero, spirito del popolo, etc.). Tra queste ben presto finì per essere attratta anche l'analogia, al pari di tutto ciò che, una volta conclamato il fallimento dei codici come oracolo vivente, servisse a riempirne i vuoti: come la *Rechtsbildung* si separava dalla *Rechtsfindung*, così anch'essa finì per essere allontanata dall'interpretazione (mentre invece avrebbe dovuto rientrarvi, sia pure come forma di autointegrazione dell'ordinamento)<sup>27</sup>.

Se dunque, senza i travisamenti successivi, l'analogia sarebbe dovuta rientrare nell'interpretazione, sia pure *sub specie* dell'attività di integrazione dell'ordinamento, ora però l'assimilazione è generale – «la sussunzione concerne un giudizio di sostanziale analogia tra eventi reali da disciplinare e circostanze di fatto», si sostiene – per cui tutto il comprendere giuridico è fondamentalmente un comprendere analogico<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Il dato è rimarcato da M. CHIAVARIO, *Merito e metodo*, cit., 3.

<sup>26</sup> V. G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in AA.VV., *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, cit., 39 ss.

<sup>27</sup> V. N. BOBBIO, *L'analogia*, cit., 73 ss. Richiama, di recente, questa evoluzione V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Napoli 2009, 55 ss., spec. 59.

<sup>28</sup> G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, cit., 40.

Nella voce *analogia* Caiani sottolinea la difficoltà di distinguere qualitativamente tra l'ordinaria e generale attività di concretizzazione del diritto e la peculiare forma di analogia intesa come strumento integrativo<sup>29</sup>.

Per quanto tuttavia oggi si tenda a sottolineare e ad enfatizzare la presenza di un andamento fondamentalmente relazionale in ogni momento dell'attività dell'operatore giuridico, i rilievi, di indubbia validità, che inseriscono l'analogia in una prospettiva generalizzante non elidono la specificità della stessa come mezzo di auto-integrazione dell'ordinamento. Ed in quest'ultimo significato, tradizionale e, se si vuole più pregnante (anche per le implicazioni di teoria generale che vi sono correlate, come l'analisi medievale dimostra) la sussistenza di una lacuna di previsione continua ad essere imprescindibile<sup>30</sup>.

È allora del tutto evidente qual è l'ostacolo, fino a qui volutamente lasciato in ombra, che si frappone alla qualificazione in termini di analogia: l'assenza nella specie del caso normativamente non previsto, che legittimi il ricorso all'estensione della disciplina espressa per colmare la lacuna, posto che la violenza sessuale di gruppo disponeva già di un regime cautelare, predisposto chiaramente nel 3° comma dell'art. 275 c.p.p.

Chi sostiene la tesi che legge nell'operazione della cassazione penale un'integrazione dell'ordinamento in via analogica ha cura di rilevare che, una volta che nelle fattispecie già oggetto delle pronunce della Corte costituzionale sull'art. 275 c.p.p. si è aggiunta la norma (o il frammento di norma) che rende tale previsione collimante con la Carta fondamentale, tale norma si offre a successive estensioni praticate in virtù dell'*argumentum a simili*. Ciò che la sez. III avrebbe applicato in via analogica, insomma, non sarebbe altro che la norma "aggiunta", che ora verrebbe "comunicata" ad un caso somigliante. In questo si ravvisano gli estremi di una autentica «svolta nei rapporti tra giurisdizione ordinaria (e giurisdizioni speciali) e giurisdizione costituzionale»<sup>31</sup>.

Purtroppo tale argomentare non giova. E non perché le c.d. norme "aggiunte" con pronunce costituzionali additive (dunque non frutto dell'originaria statuizione legislativa) non possano essere a loro volta "matrici" di successive estensioni, ogni qualvolta se ne rinvenga la ragione portante in situazioni simili, "riproducendosi" così per altrettanti casi non previsiti. È infatti del tutto condivisibile quanto afferma la suddetta dottrina, che, cioè, una volta "inserite" (si passi il termine macchinoso), esse entrino a pieno titolo a far parte dell'ordinamento giuridico, prestandosi a tutte le operazioni di connessione sistematica o di integrazione che possono essere richieste in concreto, e non rimangano invece, quali "figlie di un dio minore", accantonate a *latere* dello stesso ordinamento, da tali connessioni escluse.

Una conferma si può ricavare indirettamente da una approfondita riflessione svolta in tema di additive di principio. Stando infatti ad una persuasiva spiegazione del loro manifestarsi, che superi la vulgata tradizionale che le vuole comparse per sopperire alla mancata ricorrenza, in certe ipotesi, delle crisafulliane "rime obbligate" (necessarie per adottare un'additiva di regola), con esse la Corte eviterebbe di infittire la trama legislativa con prescrizioni che potrebbero offrirsi come *tertia comparationis* nei giudizi di eguaglianza relativi a discipline su settori analoghi, restringendo eccessivamente l'area della discrezionalità legislativa (dal momento che tali prescrizioni, se introdotte con le additive tradizionali, vanterebbero un particolare *pedigree*, presentandosi come costituzionalmente imposte)<sup>32</sup>.

L'argomentare che fa leva sull'estensione della norma "aggiunta" non giova, perché, se anche questa può costituire "materiale" per un'ulteriore integrazione dell'ordinamento, ciò non toglie che affinché tale completamento possa avvenire debba pur sempre registrarsi un vuoto di previsione, unica premessa che legittima il procedimento analogico.

### 3.3. *Lacune assiologiche, tra analogia e sindacato di ragionevolezza*

Potrebbe ricorrersi a questo punto ad un *escamotage*: rilevare che la disciplina esiste sì, ma è inadeguata e carente, in quanto priva di una regolamentazione congrua per il caso in cui risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure meno costrittive<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> L. CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, II (1958), 350 ss.

<sup>30</sup> V. A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, spec. 427 (dove si precisa come occorra distinguere tra il silenzio come *tecnica di disciplina* e il silenzio come *assenza di previsione*).

<sup>31</sup> M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., 1.

<sup>32</sup> V. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3446 ss.

<sup>33</sup> Come fa M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., 5.

Il rilievo tuttavia non è risolutivo. A ben vedere infatti l'ipotesi che difetterebbe di un'adeguata regolamentazione rientra, come *species a genus*, in quella contemplata dall'art. 275, 3° comma, c.p.p., che dunque appare carente, non nel senso che non fornisce una regolamentazione per questo sottoinsieme di casi più specifico, bensì nel senso, affatto diverso, che ne fornisce una insoddisfacente dal punto di vista costituzionale. La mancanza segnalata in realtà si palesa non appena si ponga il dettato legislativo a confronto con il testo fondamentale e integra gli estremi di quella che viene solitamente denominata lacuna *assiologica*, proprio perché intercorre quando la legge non è in linea con i valori costituzionali.

In definitiva, mentre l'assenza di regolamentazione normativa di un certo caso apre la strada al ricorso all'analogia, sempre che si rinvenga nella legge una norma dettata per un caso comparabile, la differente regolamentazione di fattispecie simili (il diverso regime cautelare risultante per i delitti che beneficiano della serie di sentenze additive e quello dettato per il delitto di cui all'art. 609-octies c.p.) costituisce motivo di impugnazione della norma discriminatoria dinanzi alla Corte costituzionale per vizio di irragionevolezza ex art. 3 Cost.

Si rischia pertanto di confondere due significati di analogia: il significato logico, come relazione tra due termini, e il significato giuridico come operazione estensiva che, per la pratica legittima in ambito giuridico, esige i suoi protocolli.

Il presente ragionamento trova conforto nella distinzione che in proposito viene presentata in alcune pagine di un'antologia recentemente apparsa in materia, dedicate ai rapporti tra ragionevolezza e *argumentum a simili*. Vi si legge: «in questo caso non v'è una lacuna normativa intesa come assenza di disciplina per una classe di casi, bensì la lacuna è concepita come assenza di una disciplina *adeguata* per una classe di casi. La classe di casi è regolata, ma in una maniera che potrebbe mostrarsi insoddisfacente alla luce dell'art. 3, comma 1, della costituzione e del criterio di ragionevolezza da esso derivato: la regolazione giuridica che c'è non è quella che dovrebbe esserci. I teorici del diritto sono soliti chiamare queste lacune *assiologiche*, per quanto taluni abbiano sostenuto che, specie ove il parametro di valutazione dell'inadeguatezza della disciplina è una norma giuridica, la situazione vada correttamente descritta in termini di *antinomia*, di conflitto tra norme»<sup>34</sup>.

Sia che si parli di lacune assiologiche quindi, sia che si usi la più chiara definizione di antinomia, è evidente che si tratta di un contrasto rispetto ad una norma costituzionale, che va ripianato dall'apposito organo di controllo, quando beninteso come in questo caso si esuli dall'ambito dei risultati attingibili con un'interpretazione conforme.

La ricostruzione logico-giuridica del quadro normativo non cambia affermando che, una volta che la «sentenza-legge» introduce nell'ordinamento una nuova norma, «le discipline legislative di casi simili e materie analoghe che non prevedono tale norma possono essere tecnicamente definite lacunose, sotto la responsabilità del giudice che individua il *tertium comparationis* legittimante l'analogia»<sup>35</sup>. Il fatto che la Corte costituzionale abbia introdotto un nuovo precetto non fa sorgere alcuna lacuna tecnica, in quanto non altera affatto l'ambito di applicazione del combinato disposto dell'art. 275, co. 3°, c.p.p., e dell'art. 609-octies c.p.: come questo prima dell'addizione includeva (al pari di tutti gli altri combinati disposti risultanti dalla stessa norma del codice di procedura e dalle altre fattispecie di reato ivi richiamate) anche le ipotesi in cui risultasse in concreto che le esigenze cautelari potessero essere soddisfatte con altre misure, così esso continua a comprenderle anche in seguito. Tale classe più specifica di casi rimane attratta nella disciplina generale del combinato disposto che, in maniera indifferenziata, senza alcun distinguo o alcuna graduazione, delinea il regime cautelare di quella ipotesi di reato.

Ciò che muta dopo l'additiva è semmai la circostanza che ora il sistema legislativo dispone di un *tertium comparationis* (anzi più d'uno) che rende evidente l'irragionevolezza di tale regime per le fattispecie analoghe, rendendo solo possibile (non l'analogia, perché – si ripete – in alcun modo si è creata una lacuna, bensì) addurre nel giudizio di legittimità costituzionale anche tale termine di raffronto normativo per far valere l'irragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost., della disciplina discriminatoria in quanto ingiustificatamente indifferenziata al suo interno<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> V. VELLUZZI, *Lacune, argomento a contrario, ragionevolezza, analogia*, in AA.VV., *L'analogia e il diritto. Antologia breve*, cit., 200. In tema v. anche R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche e interpretazione*, in ID., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma 2008, 97 ss.

<sup>35</sup> Ancora M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., 5.

<sup>36</sup> È dunque condivisibile solo in parte quanto ritiene tale dottrina, quando afferma che l'addizione della norma «"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», per cui la «lacuna per omissione del legislatore» acquista «l'ulteriore carattere di lacuna tecnica a tutti gli effetti»



Quando invece è il giudice, dopo aver compiuto la valutazione di inadeguatezza della norma ai principi costituzionali, a rimediare con un'addizione – sulla scorta di precedenti sentenze del censore delle leggi – ciò che egli avrà esteso sarà appunto tale sentenza, con il riconoscimento dell'incostituzionalità ivi contenuto (ed il conseguente modo per ovviarvi).

#### 4. (Segue) b) *L'interpretazione sistematica*

Una volta che il custode della rigidità costituzionale ha mitigato con gli interventi additivi dell'ultimo triennio il rigore del regime cautelare *de quo* in relazione a plurime fattispecie di reato, l'intero quadro normativo risulta mutato. Inevitabilmente, poiché le norme non vanno lette isolatamente ma come tasselli di un sistema unitario, l'aggiustamento delle assi portanti della disciplina getta luce su tutte le altre tessere del mosaico.

Il riallineamento che ne deriva può anche giustificare il superamento del significato precedentemente attribuito ad una disposizione «in una prospettiva sistematica di coerenza con il contesto legislativo nel frattempo modificato dalle pronunce della stessa Corte costituzionale»<sup>37</sup>; ma ciò deve avvenire entro il tasso di elasticità della disposizione, ossia del testo come segno e strumento del linguaggio, certo aperto a tutte le implicazioni complesse che questo comporta, ma non insignificante e non privo dei suoi propri margini, insuperabili, di resistenza.

Il sistema può, anzi deve, influire sull'interpretazione, entro i limiti della resistenza ultima delle formulazioni linguistiche, ma non può soppiantarli; ché altrimenti, a ben vedere, non si spiegherebbe nemmeno il sindacato di ragionevolezza, come sanzione di una ingiustificata rottura, foriera di incoerenza, rispetto al trattamento di situazioni parificabili.

##### 4.1. *Oltre i limiti delle possibilità interpretative della legge (oltre che di autointegrazione dell'ordinamento)*

Così (oltre a non esservi le premesse per un'integrazione dell'ordinamento giuridico) risulterebbero anche travalicati i limiti dell'attività di attribuzione di significato spettante al potere giudiziario, consumandosi un vero e proprio «abuso dei poteri interpretativi»<sup>38</sup>.

Il punto è espresso con molta chiarezza affermando che «l'operazione compiuta dalla Cassazione non è un'interpretazione conforme del combinato dell'art. 275, terzo comma, c.p.p. e dell'art. 609-octies», perché «tali disposizioni non possono linguisticamente “sopportare” il significato che la Cassazione, evocando la sentenza della Corte costituzionale, loro attribuisce»<sup>39</sup>; né essa è «ricostruibile come un esercizio di interpretazione sistematica della norma addita 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”»<sup>40</sup> ottenuto.

Ciò è vero a meno che si ritenga che il risultato attinto rientri nella potenzialità – nella prassi rivelatasi molto ampia – dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

L'attenzione che negli ultimi anni è stata dedicata al tema della lettura della legge in senso conforme a Costituzione e gli interrogativi suscitati da alcuni suoi “eccessi”, sia nella effettiva praticabilità sul piano interpretativo delle soluzioni suggerite dalla Corte costituzionale, sia nelle tecniche decisorie impiegate per adottarle, ha determinato in dottrina una levata di scudi in favore della tecnica.

Il proposito di difesa è stato così sentito e pressante che ci si è spinti a rievocare i fantasmi di antiche distinzioni concettuali, come l'idea della separazione legge/Costituzione, la correlata ripartizione di campo tra la Corte di cassazione e il garante della supremazia costituzionale, additando chi esternava preoccupazione per la mancata fissazione dei confini della tecnica adeguatrice in discorso come reo di voler

---

(*ibidem*). È vero infatti che l'addizione consegna una pietra di paragone utile per far emergere la carenza della disciplina, ma ciò non toglie che tale carenza configuri pur sempre una lacuna assiologica e non di previsione.

<sup>37</sup> P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta*, cit., 62.

<sup>38</sup> M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione*, cit., 14.

<sup>39</sup> M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., il quale aggiunge: «se la sentenza n. 265 del 2010 della Corte costituzionale non ha potuto evitare 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» (4 s.).

<sup>40</sup> M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge*, cit., 5.

riesumere quelle vetuste (e per la verità già da tempo tramontate) posizioni dogmatiche. In tal modo la dottrina sull'argomento è apparsa scissa (non senza un che di artificioso) in sostenitori e detrattori dell'interpretazione conforme.

L'aureo insegnamento impartito parecchi anni or sono<sup>41</sup>, secondo cui in uno Stato costituzionale l'interpretazione non può andare separata dalla considerazione dei principi della Costituzione rigida (e per cui, in breve, essa o è costituzionalmente orientata o semplicemente non è) mostra come il c.d. canone<sup>42</sup> dell'interpretazione adeguatrice<sup>43</sup>, potendo vantare un fondamento teorico così elevato, che lo radica nelle trasformazioni implicate dalla forma di stato in cui viviamo, non abbia invero alcun bisogno di argomenti difensivi<sup>44</sup>.

Che la contrapposizione tra voci pro o contro l'interpretazione conforme a Costituzione sia fuorviante è dimostrato ulteriormente dal fatto che anche coloro che si annoverano tra i sostenitori, al momento di affrontare la prassi giurisprudenziale, ravvisano in tale canone ermeneutico gli stessi limiti<sup>45</sup> individuati da chi, dopo averne esplorato il solido fondamento, ne evidenzia alcuni motivi di perplessità e nodi problematici.

Certo non mancano rilevanti differenze: per es., per alcuni di coloro che si autoproclamano fautori dell'interpretazione conforme la Corte costituzionale potrebbe adottare la lettura costituzionalmente orientata indifferentemente ora con dispositivi di rigetto interpretativo, ora anche con dispositivi di tipo additivo o comunque variamente manipolativi, se quest'ultima tipologia decisoria si riveli più idonea a consentire l'attecchimento della soluzione costituzionalmente conforme nella pratica degli operatori giuridici<sup>46</sup>. Ad avviso di chi scrive, invece, non è chiaro come l'uso di una sentenza additiva non finisca con l'essere innegabilmente rivelatore del superamento dei confini dell'attività interpretativa rinnegando gli stessi presupposti per poter discorrere di interpretazione conforme, e cioè il fatto che, in tesi, di interpretazione appunto si tratti<sup>47</sup>.

In definitiva, ciò che importa è non offuscare i veri nodi concettuali che oggi rimangono da sciogliere e sui quali si possono registrare tuttora divergenze di posizione. Si tratta di rilevare (ma non è affatto problema di poco conto), insieme con i più attenti osservatori della giurisprudenza delle Corti supreme,

---

<sup>41</sup> V. L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1993, che discute di una «Costituzione eretta a fondamento d'una nuova teoria dell'interpretazione delle leggi e degli atti normativi» (30).

Si giunge quindi, come recentemente notato, ad un «sistema diffuso di interpretazione/applicazione della Costituzione all'interno di un sistema accentrato di costituzionalità»: G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Atti del convegno tenutosi a Roma, 11 luglio 2011, a cura di B. Caravita, Napoli 2012, 33.

<sup>42</sup> Sulla questione se esso sia un canone come gli altri o, più correttamente, agisca come un metacriterio che consenta di scegliere tra le interpretazioni attingibili con l'uso degli altri consueti criteri v. V. BONCINELLI, *Interpretazione conforme a Costituzione e ragionevolezza: la prospettiva della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Atti del convegno svoltosi a Milano il 6-7 giugno 2008, Torino 2009, 13 ss. e A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, *ivi*, 48 ss.

<sup>43</sup> Si usano qui indiscriminatamente le espressioni interpretazione conforme e interpretazione adeguatrice, che invece V. CRISAFULLI distingueva (indicando con la prima un'attività che rimaneva nello spettro dei significati possibili, laddove la seconda li forzava), posto che, fintantoché non si accetterà che l'interpretazione conforme debba essere mantenuta entro ambiti che non comportino manipolazione del testo, e la giurisprudenza non avrà cura che questo accada, la distinzione terminologica rimane priva di qualsiasi valore ed avulsa dalla realtà pratica.

<sup>44</sup> Collocandosi in questa prospettiva, non si corre il rischio di fraintendere – includendola tra quelle contrarie all'interpretazione conforme – la posizione sostenuta da chi scrive, sulla base dell'intitolazione di un paragrafo (*Gli artt. 1, l. cost. n. 1/1948 e 23, l. n. 87/1953 come "antitesi" positiva dell'"ipotetico" canone di interpretazione conforme*: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, 140), che, letto per intero, assume un diverso significato (*Gli artt. 1, l. cost. n. 1/1948 e 23, l. n. 87/1953 come "antitesi" positiva dell'"ipotetico" canone di interpretazione conforme (prime riflessioni dottrinali)*), confermato, a fugare definitivamente ogni eventuale equivoco, dal paragrafo immediatamente seguente (*Gli sviluppi successivi: il giudice diretto garante della "morale costituzionale"*: *ivi*, 147). Rischio in cui sembra invece sia incorsa M.T. RAVERAIRA, *Le critiche all'interpretazione conforme: dalla teoria alla prassi un'incidentalità "accidentata"?*, in *Giur. it.*, 2010, 1969.

Sulle prime riflessioni dottrinali in argomento v. anche M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milano 2006, spec. 925 ss.

<sup>45</sup> V., infatti, M.T. RAVERAIRA, *Le critiche all'interpretazione conforme*, cit., 1971 ss.; G. SERGES, *Interpretazione conforme e tecniche processuali*, in *Giur. it.*, 2010, 1975 ss.

<sup>46</sup> V. F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur. it.*, 2010, 1964.

<sup>47</sup> Così, nitidamente, anche M. DOGLIANI: «è ovvio che tale sentenza (additiva) 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» (*op. ult. cit.*, 4).

«qualche problema di metodo»<sup>48</sup> affiorante in tema di interpretazione adeguatrice; ciò mentre si attraversa una tappa della storia del pensiero giuridico in cui – proprio perché si è sfatata l'idea di legge e Costituzione come compartimenti-stagno ed i principi costituzionali sono pienamente riconosciuti come matrice feconda dell'attività giudiziaria – la questione del metodo è la questione giuridica per eccellenza.

I dubbi ancora da dissipare sono prevalentemente due: a) se la Corte costituzionale possa, in nome dell'adeguamento al dettato fondamentale, anche manipolare i testi e farlo – questo è il punto – con decisioni interpretative; b) se le Corti supreme della giurisdizione comune possano fare anch'esse quanto, sempre in nome dell'interpretazione conforme, è consentito all'organo costituzionale di controllo.

Sul primo punto chi scrive risponde negativamente, ritenendo auspicabile che l'istanza di giustizia costituzionale si pronunci in tale circostanza con dispositivi apertamente manipolativi e ciò non in ossequio ad esigenze di certezza (valore oggi dai connotati profondamente mutati), bensì per tenere fermi alcuni standard metodologici nell'applicazione della legge, il cui smarrimento porterebbe a conseguenze sulla tenuta del sistema che è facile immaginare<sup>49</sup>. Questa conclusione è stata altrove argomentata diffusamente e non si ritiene di dover ritornare sull'argomento.

Sul secondo (*sub b*)), è chiaro che – sempre ad avviso di chi scrive – le Corti supreme non possono travalicare i confini di ciò che non è consentito nemmeno al giudice delle leggi (manipolare il testo qualificando l'operazione come interpretazione costituzionalmente orientata), dovendo piuttosto, in tal caso sollevare ricorso incidentale all'apposito organo, che dovrà provvedere con sentenza di accoglimento, di tipo, come si diceva sopra, manipolativo.

In altri termini non sarebbero ammesse interpretazioni *secundum Constitutionem* ma *contra legem*.

Il quesito *sub b*) però ricomprende anche un ulteriore interrogativo, più generale, se cioè tali Corti possano acquisire un ruolo parzialmente fungibile rispetto all'organo costituzionale di controllo, esercitando quote della funzione di giustizia costituzionale a quest'ultimo assegnata in via esclusiva dalla Costituzione. Ed è questo l'aspetto che qui più interessa.

Il problema dell'interferenza con attribuzioni tipiche del giudice delle leggi emerge sia quando le Corti supreme forzano i limiti di elasticità del testo normativo, facendo ad esso dire più di quanto possa esprimere (così invadendo il campo riservato alle decisioni manipolative), sia quando esse estendono autonomamente dispositivi di incostituzionalità emessi dal garante della rigidità del testo fondamentale riguardo a fattispecie legislative analoghe. Le due ipotesi che si sono appena fatte sono parzialmente sovrapponibili: non sono infatti molto dissimili il caso in cui il giudice qualifichi come interpretazione un risultato normativo che tale non è e che sarebbe introducibile nell'ordinamento solo grazie ad una sentenza additiva, riduttiva o sostitutiva della Corte costituzionale e quello in cui esso implicitamente estenda *tout court* ad una previsione analoga una precedente dichiarazione di illegittimità costituzionale promanante dalla Consulta, leggendola come se essa contemplasse l'addizione praticata dalla Corte stessa.

In entrambi si omette il ricorso al giudice delle leggi; l'unica differenza a ben vedere è che nel secondo caso preesiste una dichiarazione additiva di incostituzionalità, il che rende più evidente che si versa in un campo spettante all'istanza costituzionale di controllo e costituisce l'autentica novità<sup>50</sup> dell'ipotesi considerata, che consente di affrontare più chiaramente nella loro essenzialità i termini del problema.

Mentre infatti dinanzi ad interpretazioni ardite il tema delle interferenze con la funzione relativa alla giustizia costituzionale si perde e sfuma nelle valutazioni relative alla spinosa e spesso opinabile distinzione tra autentica interpretazione e manipolazione, nell'ipotesi che ci occupa la precedente decisione additiva

<sup>48</sup> C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o diversamente operante su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1141, ora anche in AA.VV., *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di L. Carllassare*, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli 2009, 1280.

Sui rischi cui va incontro un'adesione non ponderata alla c.d. dottrina dell'interpretazione conforme v., di recente, anche M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in *www.federalismi.it*; G. PISTORIO, *I «limiti» all'interpretazione conforme: cenni su un problema aperto*, in *www.rivistaaic*, 2/2011, spec. 11 s. e I. CIOLLI, *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione*, *ivi*, 1/2012, 3 ss.

<sup>49</sup> Il che, come è evidente, non significa in alcun modo tornare alla direttiva d'azione "ai giudici la legge, alla Corte la Costituzione" (come sembra credere L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Napoli 2012, 130), ma semmai a quella, tutt'affatto diversa "ai giudici l'interpretazione della legge, alla Corte la sua caducazione o manipolazione", perché, in ultima analisi, di interpretazione, e non di "manipolazione conforme a Costituzione", deve trattarsi.

La posizione richiama alla mente il classico tema dei limiti dei "custodi", su cui v. ora C. TRIPODINA, *È la Corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi*, ora in *www.costituzionalismo.it*, 15.7.2010, spec. 5 ss.

<sup>50</sup> Anticipata dalla decisione sugli infermi di mente (sent. n. 208/2009), *supra cit.*, fine par. 2.

della Corte costituzionale rende evidente che il testo per essere adeguato a Costituzione non va solo reinterpretato ma necessita di un'opera di *remaquillage*. È così che, sottratto dalle nebulose della distinzione tra lettura e riscrittura, il tema dell'interferenza delle Corti supreme si presenta nella sua nitidezza e può essere posto ed affrontato apertamente, chiedendosi chiaramente fino a che punto le Corti supreme possano condividere con la Corte costituzionale il compito di accertamento della legittimità costituzionale delle leggi. Qui risiede l'importanza della pronuncia *de qua*: nella possibilità di uscire da quella distinzione, che implica serie assunzioni teoriche in merito all'esistenza e all'individuazione di limiti all'attività interpretativa, dinanzi al dato di fatto di una precedente sentenza manipolativa della Corte costituzionale che viene *replicata* dalla cassazione.

##### 5. L'illegittimità consequenziale pronunciata... dalla Corte di cassazione

Una simile estensione in via analogica di precedenti sentenze di accoglimento della Corte costituzionale costituisce né più né meno che una dichiarazione di illegittimità consequenziale, istituto riservato esclusivamente al giudice delle leggi<sup>51</sup>.

L'istituto è, tra l'altro, come si sa, di problematico impiego presso l'organo costituzionale di controllo<sup>52</sup>, posto che consente di pervenire all'annullamento di una norma senza che su di essa sia stata sollevata apposita questione da parte di un giudice «nel corso di un giudizio». Con essa dunque si ammette la possibilità di fare a meno della rilevanza della questione in un processo principale pendente, di un elemento cioè che, per la sua capacità di contrassegnare in senso concreto il modello vigente di giustizia costituzionale, temperandone, con il legame all'«occasione» applicativa giudiziaria<sup>53</sup>, l'originaria concezione astratta, è intimamente connaturato al modello stesso. La sua compatibilità con il sistema prescelto nel nostro ordinamento si spiega con ragioni legate all'esigenza di una piena affermazione della garanzia costituzionale, che miri ad assicurare cioè l'effettività della tutela dei beni costituzionalmente protetti.

Va da sé che non si possa valutare la liceità dell'operazione di recente compiuta dalla cassazione penale con lo stesso metro usato per affrontare il tema dell'illegittimità consequenziale delle leggi dichiarata dalla Corte costituzionale, posto che nel caso che ci occupa l'anomalia risiede nel fatto che si tratta di un organo non espressamente abilitato ad annullare (*tout court* e non solo in via consequenziale) le leggi.

Preliminare però rispetto al tentativo di abbozzare una risposta al quesito è chiedersi per quale ragione la vicenda attuale sia stata al centro di tante oscillazioni qualificatorie e perché si sia stentato tanto a darne la definizione più fedele e appropriata (o almeno tale ritenuta, come si è cercato di dimostrare, da chi scrive). È infatti opportuno sottolineare l'importanza di una corretta identificazione del fenomeno descritto – pur se, posto nei termini ora detti, può suscitare resistenze, dubbi e forse un senso di sconcerto – per meglio fronteggiarlo ed inquadrarlo nel contesto presente.

##### 6. Distinzione o commistione dei ruoli tra giudici comuni e Corte costituzionale?

Il Novecento, si sa, come è stato detto, è «un secolo lungo» e noi «lo stiamo ancora vivendo»<sup>54</sup>. Ciò che è lunga e duratura, precisamente, è quell'epoca di transizione che si è aperta con il tramonto dei miti ottocenteschi e che prelude ad un'alba che lascia intravedere i tratti del nuovo giorno in modo non ancora limpidamente percepibile<sup>55</sup>. Due «*riduzionismi*»<sup>56</sup> tipici della cosmogonia giuridica costruita in epoca liberale

<sup>51</sup> Ma ai fini di un suo compiuto impiego si suggerisce una «valorizzazione delle *prognosi* effettuate dai giudici a *quibus* sugli effetti sistemici delle sentenze di accoglimento»: A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli 2008, 199.

<sup>52</sup> Sulla scorta, ad es., dei principi di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e del contraddittorio: v. A. MORELLI, *op. ult. cit.*, spec. 79 ss. e 173 ss. Per l'ipotizzabilità di una illegittimità consequenziale pronunciata in sentenze interpretative di rigetto v. R. PERRONE, *Sentenze interpretative di rigetto e illegittimità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 2010, 939 ss.

<sup>53</sup> G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia*, Ann. 14, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante in coll. con L. Minervini, Torino 1998, 948 s. e già A. PIZZORUSSO, *sub artt. 134-136*, in *Comm. Cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1981, 25.

<sup>54</sup> P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in *Id.*, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, 3.

<sup>55</sup> V. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007, *passim*.

<sup>56</sup> *Id.*, *Novecento giuridico*, cit., 10.

e tra loro complementari, in particolare, sono venuti meno: quello che racchiude tutto il diritto «all'interno della entità totalizzante dello Stato moderno» e l'altro che è volto a «consegnare la dimensione giuridica nelle mani del potere politico»<sup>57</sup> e dunque della legge.

Lasciando da parte il primo, il cui venir meno allude ai fenomeni di globalizzazione e di rafforzamento dell'integrazione sopranazionale cui stiamo assistendo, è noto che il secondo si dissolve con l'«insanabile» crisi della legge, che è anche «crisi del sistema moderno delle fonti»<sup>58</sup> e che equivale a riscoperta della funzione ordinativa del diritto nei confronti della società.

Questa vocazione antica del diritto a dare risposte alle richieste mutevoli e complesse del corpo sociale, sempre più insofferenti nei confronti di «una gabbia legislativa»<sup>59</sup>, si realizza in modo privilegiato attraverso il formante giurisprudenziale e le risorse dell'interpretazione. L'accrescimento del potere giudiziario ha anche comportato l'assunzione sempre maggiore di un ruolo che esercita un notevole «impatto (...) sull'ordinamento costituzionale»<sup>60</sup>, specie nell'affrontare e risolvere dilemmi correlati alla garanzia e alla portata di diritti fondamentali.

Da tempo si osserva che i giudici comuni concorrono in qualche misura all'esercizio della funzione di rendere giustizia costituzionale, cooperando con l'apposita Corte ed anzi divenendo essi stessi tutti «in senso profondo e lato, "giudici costituzionali"»<sup>61</sup>.

Talora si assiste ad un vero e proprio scambio di ruoli tra i due organi e (come nella nota vicenda della *translatio iudicii*) ci sono sbilanciamenti e perdite di equilibrio. La linea di riparto dei rispettivi compiti sembra ancora mobile e incerta; una sua chiara fissazione è di là da venire o forse bisogna prendere atto che la fedeltà a «schemi già sperimentati» non paga e accettare che si diano ampi margini per «improvvisazioni» nelle modalità di intervento dei due tipi di organi<sup>62</sup>. Nel contesto attuale anche la suddivisione dei compiti non tollera di essere imbrigliata nelle categorie di cui si disponeva, è materia magmatica che sfugge a chi si sforzi di ricondurla in quelle forme<sup>63</sup>.

Da ultimo comincia anche a farsi strada l'idea che non sia fondamentale una rigida demarcazione di ambiti d'azione tra giudici e Corte, sullo sfondo della consapevolezza che c'è bisogno di rafforzare la posizione di «contropotere» e di garanzia insita nel giudiziario, al fine di contrapporre ad un «leviatano» costituito dal *continuum* legislatore-governo un «terzo gigante»<sup>64</sup> in grado di tenergli testa. In questa prospettiva, che riproduce la passata distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, è più importante disporre di ampi e forti organi di garanzia, che talora operano come intercambiabili, piuttosto che insistere su una rigida distribuzione interna delle loro competenze<sup>65</sup>.

## 7. Una prima impostazione del problema

Ciò che tuttavia sembra bene evitare è dare troppo per scontato che il passaggio da un modello accentrato di giustizia costituzionale ad uno che presenta spiccati tratti di diffusione possa avvenire senza eccessive perdite, sul piano dei benefici connessi a quel modello. È attualmente in corso una riflessione ad ampio raggio sulla perdurante validità del sistema accentrato di legittimità costituzionale, dinanzi ai segnali di

<sup>57</sup> P. GROSSI, *Premessa*, in ID., *Introduzione al Novecento*, cit., XII.

<sup>58</sup> ID., *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, cit., 32 e, dello stesso, *Crisi del diritto, oggi?*, in ID., *Introduzione al Novecento*, cit., 75 s.

<sup>59</sup> ID., *Crisi del diritto, oggi?*, cit., 77.

<sup>60</sup> R. CAPONI, «Ciò che non fa la legge, lo fa il giudice, se capace»: *l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli 2011, 227.

<sup>61</sup> P. HÄBERLE, *Lo stato costituzionale*, Roma 2005, 213.

<sup>62</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012, 103.

<sup>63</sup> Per i «giochi» di rinforzi reciproci tra l'operato della Corte di cassazione e quello del giudice delle leggi, in cui si leggeva il preludio ad una «terza fase» nei rapporti tra le due Corti (successiva a quella contrassegnata dalla dottrina del diritto vivente ed a quella ispirata alla dottrina dell'interpretazione conforme, ancora prevalentemente «calata dall'alto» dall'organo costituzionale di controllo) v. G. SORRENTI, *La Costituzione "sottintesa"*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del Seminario annuale svoltosi a Roma-Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano 2010, 70 ss., cui adde G.P. DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in AA.VV., *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola limite al potere*, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli 2010, 1331 ss.

<sup>64</sup> E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 105.

<sup>65</sup> E anzi nella creazione di una sorta di «società di mutuo soccorso» tra i due tipi di organo viene vista «la via italiana a quel potenziamento del ruolo del giudiziario che in tutti gli stati contemporanei si è comunque realizzato» (*ibidem*).

avvicinamento rispetto al contrapposto modello adottato oltreoceano della *judicial review of legislation*<sup>66</sup>. Scartata la possibilità di ritenere a tutt'oggi valide le ragioni che in origine giustificarono l'adozione del modello accentrato nell'Europa continentale, si va alla ricerca di vantaggi del sistema attualmente percepibili.

La separazione dei poteri infatti, concepita in modo da assicurare il predominio del legislativo, unita alla diffidenza verso il potere giudiziario, è stata una ragione storica del modello accentrato, che non ha più attualità. Né la definizione kelseniana di "legislatore negativo", né l'efficacia *erga omnes* delle sentenze costituzionali impongono di sottrarre la funzione stessa al potere giudiziario sulla scorta di una sua caratterizzazione paranormativa.

Le ragioni attualmente ravvisabili della scelta europea vanno ricercate altrove. Entrano in gioco così fattori quali la visibilità pubblica della controversia; la possibilità per la maggioranza di difendere la legittimità costituzionale della legge<sup>67</sup> che sarebbe quasi impossibile in un sistema decentrato. Parimenti assumono rilievo la distanza dai casi e dai drammi particolari di singoli individui, distanza necessaria ad adottare una prospettiva sistematica, non aneddotica nel giudizio sulle leggi<sup>68</sup> e il più spiccato attivismo giudiziario che si riscontrano nell'azione delle Corti; contro il rischio di passività insito, per inerzia, nel ruolo, tradizionalmente più ristretto, assegnato al giudice nei sistemi di *civil law*<sup>69</sup>.

È vero però che il *trend* in atto è di avvicinamento tra modello accentrato di garanzia della rigidità costituzionale e *judicial review of legislation*.

Seguendo questo crinale di indifferenziazione tra apporto dei giudici comuni e dell'organo speciale di giustizia costituzionale, sorgono alcuni interrogativi. Ci si potrebbe chiedere così se, almeno a certe condizioni, si possa sottrarre a vantaggio degli organi giurisdizionali proprio il potere più direttamente qualificante di una Corte costituzionale. Per es. si potrebbe dire che, essendo i giudici avvezzi alla tecnica analogica, se non possono spingersi a ripianare con vari interventi manipolativi le lacune *assiologiche* che essi rinvengano *ex novo*, possono però ovviare a quelle *analoghe* ad altre già oggetto, come nel nostro caso, di pronunce additive della Corte costituzionale. Si tratterebbe infatti pur sempre di ravvisare un'analogia tra due termini normativi messi a confronto.

In senso contrario tuttavia mi sembrerebbero deporre due argomenti. Il primo viene dall'osservazione del sistema tedesco, nel quale si è sviluppata con forza la *verfassungskonforme Auslegung* ed in cui tuttavia è positivamente prescritto che i giudici incorrono nel divieto di annullamento delle leggi incostituzionali: questo potere rimane (il solo) appannaggio del tribunale di Karlsruhe, unico campo inaccessibile agli organi giurisdizionali comuni cui si deve il permanere del carattere accentrato del modello germanico.

Il secondo consiste nel notare che più che riscontrare la ricorrenza della medesima *ratio legis*, il giudice nel caso di specie è chiamato a verificare che sia riproducibile rispetto alla norma carente la stessa *ratio decidendi* delle passate sentenze della Corte costituzionale<sup>70</sup>.

Il che presupporrebbe che dalla motivazione siano sempre desumibili con chiarezza e completezza gli elementi giuridici che sorreggono il *decisum* e altresì che risultino anche evidenziati quei possibili fattori che determinerebbero una diversa conclusione. Quest'ultima condizione è però spesso difficile da pretendere: così nel nostro caso, la Corte non dice se la natura plurisoggettiva della fattispecie criminosa possa inficiare il ragionamento che sorregge la dichiarazione d'incostituzionalità, rendendo proporzionata, stante la maggiore pericolosità sociale, in base ad una valutazione anticipata e astratta, la misura cautelare più restrittiva<sup>71</sup>. Né la motivazione delle sentenze costituzionali, tesa positivamente ad addurre le ragioni che comprovano il vizio della legge, deve farsi carico di segnalare in negativo tutte quelle che lo escluderebbero.

Isolare tutte le componenti del ragionamento della Corte che giustificano la decisione e, soprattutto, quelle che spezzano il nesso logico che porta all'accertamento del vizio, che possono ben rimanere impliciti (non essendovi alcun onere di descrivere tutte le condizioni della fattispecie, mancanti in quella oggetto di giudizio, ma che, qualora vi fossero, condurrebbero il giudizio ad esiti opposti) non è insomma operazione

<sup>66</sup> V. in proposito V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven & London, Yale University Press, 2009.

<sup>67</sup> *Ibidem*, 65.

<sup>68</sup> *Ibidem*, 69.

<sup>69</sup> *Ibidem*, 85.

<sup>70</sup> Che questo sia il fulcro dell'operazione è riconosciuto anche da P. GAETA, per cui la cassazione penale «ha esteso tale *decisum* del giudice delle leggi anche al reato di violenza sessuale di gruppo (...), ritenendo che le medesime *rationes* evidenziate nella citata pronuncia n. 265 del 2011 potessero ritenersi applicabili anche a tale ultimo reato» (*op. ult. cit.*, 60).

<sup>71</sup> A meno di voler dar rilievo al cenno che si fa alla natura sempre monosoggettiva delle fattispecie colpite, che però deporrebbe proprio nel senso di non consentire l'applicabilità della *ratio decidendi* a reati dalla configurazione soggettiva diversa.

semplice e lineare. La riproducibilità della *ratio decidendi* richiama, come tutti i percorsi di tipo analogico, un giudizio articolato, un «doppio criterio di rilevanza»<sup>72</sup>, dal momento che «ragionare per analogia nel diritto significa farsi carico di argomentare sia intorno a ciò che accomuna, sia a ciò che differenzia le classi di casi raffrontate»<sup>73</sup>.

Certo, non si può tacere che, a dispetto della presentazione sotto la veste di interpretazioni, rispetto all'odierna forma di illegittimità consequenziale, che intacca sì l'esclusiva della Corte costituzionale nell'accertamento dell'illegittimità costituzionale ma ne ricalca da vicino le orme, risultino non meno concorrenziali con le funzioni del giudice delle leggi quelle decisioni, pronunciate stavolta dalla cassazione civile, che riscrivono interi passi del codice di procedura, proponendo bilanciamenti tra valori costituzionali in gioco non sempre perfettamente collimanti con i principi e i punti di equilibrio fissati nella giurisprudenza costituzionale<sup>74</sup>.

In questo coglie perfettamente nel segno chi lamenta che sia tardiva e anche poco coerente la critica mossa alla sentenza in commento, quando non si è adeguatamente reagito nei confronti delle interpretazioni *contra legem* che negli ultimi anni da parte della suprema istanza di legittimità non sono mancate, in nome dell'adeguamento ora a Costituzione ora alla Cedu<sup>75</sup>: come si diceva infatti non c'è molta differenza tra la riscrittura di un testo legislativo per renderlo conforme ai principi sovraordinati e la sua manipolazione, che replica un'additiva della Corte costituzionale; se non che in quest'ultimo caso il velo è caduto, perché lo schermo opaco della distinzione tra interpretazione e creazione non intralcia più la visione delle cose e la precedente additiva del giudice delle leggi sulla norma analoga rende palese la manipolazione.

#### 8. Una notazione finale: confusioni istituzionali e modernità «liquida»

In una fase di grande instabilità, in cui gli strumenti dello studioso di diritto appaiono come «reliquie del "mondo di ieri" in un mondo diverso»<sup>76</sup>, può essere utile allargare lo sguardo e, dilatando le coordinate spaziali e temporali della propria indagine, cercare soccorso nel sapere del sociologo e dello storico del diritto.

Dal primo viene la consapevolezza che uno dei principali processi di cambiamento in atto, che porta all'assottigliamento dei confini statali verso uno spazio transnazionale e globale, non attiene soltanto ai fenomeni economici, tecnologici o giuridico-sostanziali, ma produce anche un impatto sull'azione e sull'assetto delle istituzioni giuridiche<sup>77</sup>, incidendo in particolare sul rapporto istituzioni/tempo. Attraverso un'analisi che trascende il consueto modo di vedere che connette la globalizzazione ad un mutamento delle coordinate geografiche in cui siamo collocati, veniamo indotti a riflettere sulle trasformazioni che tale processo induce sulle relazioni tanto con il passato quanto con il futuro, esaltando strumenti, soggetti e, in ambito prettamente giuridico, istituzioni, che consumano il loro raggio d'azione nel presente<sup>78</sup>. Non solo il nesso tra cambiamento temporale e cambiamento istituzionale candida l'autorità giudiziaria a emergere

<sup>72</sup> In ciò coglie il contenuto del rapporto tra analogia giuridica ed eguaglianza, intuitivo ma non pienamente chiarito nella letteratura filosofico-giuridica, L. GIANFORMAGGIO, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino 2008, 157 ss. V. anche ID., *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in AA.VV., *L'analogia e il diritto*, cit., 19 ss.

<sup>73</sup> V. VELLUZZI, *Sui rapporti tra eguaglianza e analogia*, in AA.VV., *L'analogia e il diritto*, cit., 18.

<sup>74</sup> Il riferimento è a quel noto processo di "riforma silenziosa" del diritto processuale civile portato avanti negli ultimi anni dalla suprema istanza di legittimità in nome della celerità della "macchina" giudiziaria: tra i tanti, v. almeno, per un primo inquadramento, G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.; R. CAPONI, «*Ciò che non fa la legge, lo fa il giudice, se capace*», cit.; C. CONSOLO, *Travagli «costituzionalmente orientati»*, cit.; nonché, per il profilo collaterale dell'efficacia nel tempo di tali, talora bruschi, *revirement* giurisprudenziali, G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2012.

<sup>75</sup> P. GAETA, *op. ult. cit.*, 63 ss.

<sup>76</sup> P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, cit., 33.

<sup>77</sup> V. M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna 2002, che costituisce lo sviluppo, sotto il profilo ora richiamato, del precedente studio *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000.

<sup>78</sup> Con ripercussioni di non poco conto anche sul principio di legalità: «nel mondo attuale, si riesce sempre meno a garantire la separazione tra aspettative "normative" e aspettative "cognitive": le prime, relative al mondo "come dovrebbe essere", non riescono a sottrarsi alla cognizione del mondo "com'è" e dunque a una perdita di normatività» (*ibidem*, 63).

come la privilegiata tra le istituzioni della modernità «liquida»<sup>79</sup>, ma dinanzi all' idoneità a rispondere alle richieste del presente, anche il senso della rigida separazione tra le istituzioni rischia in questo contesto di uscirne appannato e di perdere rilievo, prevalendo «l'esigenza di "reattività" temporale del diritto»<sup>80</sup>.

L'urgenza del presente si coniuga strettamente con la preminenza delle istanze di fatto, che costituiscono un altro dei *leit-motiv* che affiorano dal tramonto dei miti ottocenteschi. Nel caso da cui muove questa riflessione la pressione dei due fattori è esemplificata dal rischio (richiamato dalla cassazione nel comunicato-stampa di chiarimento) che nelle more del giudizio di legittimità costituzionale ipoteticamente promosso avrebbe potuto aver luogo la scarcerazione degli imputati per decorrenza dei termini di custodia cautelare. L'effetto del ricorso incidentale alla Corte costituzionale, paventato dall'istanza di legittimità – data la giurisprudenza di legittimità per cui i termini di custodia continuano a decorrere anche quando il processo è sospeso perché è stata emessa ordinanza di rimessione di una questione di legittimità costituzionale – è più che «realistico» e induce a riflettere (non sulla bontà della scelta della cassazione, qui messa in discussione, ma) semmai, in generale, sull'opportunità di riformare un principio che vuole la sospensione dell'intero processo penale anche quando la questione riguarda una norma *de libertate* attinente al solo procedimento di riesame della misura cautelare<sup>81</sup>.

Lo storico, accompagnandoci lungo i passaggi dall'ordine giuridico medievale, al «trionfo della compattezza politica e giuridica» moderno, compattezza oggi completamente eclissata, ci suggerisce di riconoscere con franchezza e in tutta la sua entità il disordine, come condizione prima per poter andare alla ricerca di un nuovo ordine<sup>82</sup>. Il che implica che siano formulate con precisione le domande nuove che si pongono, per cercare per esse risposte inedite, senza forzare e slargare strumenti, concetti e schemi tradizionali, ormai consolidati ma non sufficienti, né chiarificatori, nella qualificazione della realtà odierna<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Si parla della seconda modernità come modernità "liquida" onde differenziarla dalla prima, definita come "solida" perché intendeva modellare la realtà come «un'opera architettonica (...) conforme ai verdeti della ragione»: Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002, 43.

<sup>80</sup> M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., 106.

«La flessibilità sembra dunque la risposta delle istituzioni alla liquefazione del mondo prodotta dalla globalizzazione» (*ibidem*, 56, dove si adduce, come esempio emblematico, l'affermarsi della sussidiarietà come principio organizzativo).

<sup>81</sup> Così M. CHIAVARIO, *Merito e metodo*, cit., 5.

<sup>82</sup> P. GROSSI, *Ordine/compattezza/complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, in ID., *Introduzione al Novecento*, cit., 96 ss.

<sup>83</sup> È il suggerimento che sembra potersi trarre da P. GROSSI, *L'identità del giurista, oggi*, in ID., *Introduzione al Novecento*, cit., 119 ss.; nonché ID., *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 175 ss.