

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore
LIX - Luglio 2019, n°07

Domenico Carcano
Mario D'Andria

07

20
19

| **estratto**

CORTE COSTITUZIONALE E
DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA IN
MATERIA PENALE. SPUNTI E PROSPETTIVE
NELLA RELAZIONE DEL PRESIDENTE SULLA
GIURISPRUDENZA DEL 2018

con osservazioni di **Cristiano Cupelli**

308.2 CORTE COSTITUZIONALE E DISCREZIONALITÀ

LEGISLATIVA IN MATERIA PENALE

Spunti e prospettive nella Relazione del Presidente sulla giurisprudenza del 2018

*The Constitutional Court and Legislative Discretion in Criminal Matters
Ideas and Perspectives in the President's Report on the Jurisprudence of 2018*

Il contributo ripercorre le tappe principali della Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, mettendone in evidenza, nella dimensione penalistica, gli snodi più significativi e le innovazioni principali nei rapporti fra Corte costituzionale e legislatore. In quest'ottica, l'attenzione è rivolta in particolare agli strumenti decisori inaugurati nell'ultimo anno, ai limiti e ai margini del sindacato *in malam partem* e alle prospettive di maggiore rigore che, traendo spunto dall'incidenza del diritto europeo e della relativa giurisprudenza sull'ordinamento interno, si schiudono, anche a livello nazionale, nel vaglio sulla sufficiente determinatezza delle norme penali.

This contribution traces the main parts of President Lattanzi's Report on 2018's constitutional jurisprudence, highlighting the most significant points and the primary innovations in the relations between the Constitutional Court and the legislature in criminal law. In this perspective, the focus is, in particular, on the decision-making tools inaugurated over the last year, namely on the limits and margins of the Court in malam partem and on the prospects of greater rigor which, by taking notice of the effect that European law and its relative jurisprudence has on the internal system, encourage, also at the national level, an assessment of the sufficient certainty of the criminal laws.

di **Cristiano Cupelli**

Professore associato di Diritto penale - Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Sommario Premessa. — **1.** Il ridimensionamento del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione. — **2.** Le nuove tecniche decisorie: il caso Cappato e l'incostituzionalità "prospettata". — **3.** Discrezionalità legislativa, poteri del giudice costituzionale ed effetti *in malam partem*. — **4.** La mancanza di soluzioni costituzionalmente obbligate. — **5.** Le esigenze di certezza e conoscibilità. — **6.** La conclusione del caso Taricco: un *esercizio indiretto* dei controlimiti? — **7.** L'*auto-monito* della Corte e le prospettive del principio di determinatezza.

PREMESSA

La Relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018, letta a Palazzo della Consulta nell'ambito della riunione straordinaria tenuta il 21 marzo 2019, affronta snodi centrali e tocca questioni di particolare attualità nel dibattito costituzionalistico odierno, incentrandosi in particolare su tre aree tematiche: a) il rapporto tra il controllo di costituzionalità e la discrezionalità legislativa, con riferimento agli innovativi strumenti decisori inaugurati nel 2018; b) i margini dell'intervento della Corte nella materia

penale; c) l'evoluzione della relazione tra controllo di costituzionalità e azione della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, soprattutto con riguardo all'impatto nei riguardi della giurisdizione comune.

Rinviando per i necessari approfondimenti alla lettura integrale del testo della *Relazione* e della *Rassegna della giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, colpisce in maniera particolare – e sarà oggetto delle presenti considerazioni – la grande attenzione dedicata all'esame dei rapporti fra Corte costituzionale e legislatore nella materia penale, nella prospettiva tanto degli strumenti decisorii utilizzati quanto dei margini di intervento dei giudici costituzionali in un ambito notoriamente connotato da un elevato tasso di discrezionalità legislativa e presidiato dalla riserva di legge.

1. IL RIDIMENSIONAMENTO DEL CANONE DELL'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE

In via preliminare, dopo la veloce illustrazione dei dati statistici funzionali a rendere il quadro dell'attività complessivamente svolta dalla Corte nell'anno trascorso (§ 2), viene segnalato l'apporto dei giudici comuni, attraverso la loro attività ermeneutica, al contenimento del contenzioso costituzionale. Contributo che tuttavia, sottolinea il Presidente, «non può spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l'ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire» (§ 4).

Viene così opportunamente ricordato che, secondo il più recente orientamento della Corte (manifestatosi, fra le altre, nelle sentenze nn. 15, 77 e 91 del 2018), volto a scongiurare il rischio che il pur necessario controllo esercitato sui requisiti di ammissibilità delle questioni incidentali trasmodi in un improprio strumento deflattivo del contenzioso, «il dovere del giudice comune di sperimentare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle leggi si assolve anche attraverso una motivazione che dia conto delle ragioni per le quali, a parere di quel giudice, la lettera o il contesto normativo non consentono di procedere in tal senso, mentre attiene poi al merito della questione, di competenza della Corte, verificare se davvero tale interpretazione sia o no praticabile» (§ 4).

Il passaggio è significativo, in quanto pare corroborare la recente tendenza della Corte a ridimensionare il requisito del previo ricorso al canone dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice comune ai fini dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale⁽¹⁾.

⁽¹⁾ È sufficiente ricordare come la giurisprudenza costituzionale più recente abbia operato un significativo aggiustamento, temperando di molto il rigore dell'indirizzo sopra descritto (interpretazione costituzionalmente conforme quale strumento ermeneutico necessario, prerequisite implicito di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale) e affermando, con ben maggiore precisione, che «l'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008). L'interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra (sentenza n. 49 del 2015), ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme alla Costituzione, il giudice è tenuto ad investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale» (sent. n.

2. LE NUOVE TECNICHE DECISORIE: IL CASO CAPPATO E L'INCOSTITUZIONALITÀ "PROSPETTATA"

Venendo al rapporto fra controllo di costituzionalità e discrezionalità legislativa, si approfondisce anzitutto l'ambito degli strumenti decisori, muovendo inevitabilmente dal passaggio, inverteatosi con l'ordinanza n. 207 del 2018 relativa al c.d. caso Cappato, dal tradizionale ricorso ai c.d. moniti al legislatore, pur nella loro varietà di ipotesi⁽²⁾(§ 5), alla innovativa tecnica decisoria definita di "incostituzionalità prospettata" (§ 6).

Come si ricorderà, nell'ordinanza n. 207 la Corte, pur ravvisando la criticità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui incrimina chi agevola il suicidio del malato irreversibile e sofferente che, liberamente e consapevolmente, rifiuta cure mediche, necessarie alla sopravvivenza, contrarie al suo senso di dignità, ha tuttavia considerato che la regolamentazione delle condizioni e dei modi di esercizio del diritto a sottrarsi in modo definitivo alla terapia con l'aiuto materiale di terze persone fosse, da un lato, costituzionalmente necessaria e, dall'altro, esorbitante dal suo campo decisorio e di pertinenza invece del legislatore, con l'effetto, «al fine di adempiere al dovere di eliminare disposizioni incostituzionali preservando la discrezionalità legislativa», di avere optato per un (sinora inedito) rinvio della trattazione della questione. Il provvedimento, accompagnato da una ampia illustrazione delle ragioni per le quali si è ritenuto profilarsi l'incostituzionalità della norma impugnata e dei possibili ambiti di intervento legislativo, apre un nuovo scenario sulle decisioni della Corte, non più solo approdo di una certa vicenda quanto piuttosto «punto intermedio dello sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude» (§ 5).

Nel caso di specie, a ben vedere, la valutazione dell'opzione innovativa adottata sul piano

36 del 2016, ma analogamente sentt. n. 82, 83, 258 e 268 del 2017). Non può non ricordarsi poi quanto affermato ancor più di recente – e in maniera significativa ai fini del discorso sviluppato nel testo – dalla stessa Corte nella sentenza 30 gennaio 2018, n. 15, ove si legge (§ 3 del Considerato in diritto) che «la più recente giurisprudenza di questa Corte esclude che il mancato ricorso da parte del giudice a quo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata possa essere causa d'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale, quando vi sia un'adeguata motivazione circa l'impedimento a tale interpretazione, in ragione del tenore letterale della disposizione» (sentenze n. 194, n. 69 e n. 42 del 2017; n. 221 del 2015).

Sulla tematica, possono richiamarsi, tra i lavori più recenti e senza pretesa di esaustività, i lavori monografici di G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, 2006; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Giappichelli, 2011; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale Scientifica, 2014 e di M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, 2015, oltre ai saggi di C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in onore di Livio Paladin*, Jovene, 2004, 1665 ss.; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2006; R. PINARDI, *L'interpretazione conforme a Costituzione e la sua "radicalizzazione" quale tema (e problema) di natura istituzionale*, in AA.VV., *Interpretazione e tecniche argomentative*, a cura di D'Amico – B. Randazzo, Giappichelli, 2009; A. BONOMI, *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in *Osservatorio AIC*, 2013; I. CIOLLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista AIC*, fasc. 1/2012 e F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione costituzionalmente conforme*, ivi, fasc. 2/2014; non si può in ogni caso prescindere dalla recente tematizzazione offerta da M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Annali Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, 2016, 391 ss.

⁽²⁾ Al cospetto di «una condizione di illegittimità costituzionale nell'ordinamento, la cui rimozione esige un intervento legislativo», ma anche di prospettive future degenerazioni legislative in futuri vizi di costituzionalità o in presenza, nell'attuale contesto normativo, di criticità non ancora evolute in illegittimità costituzionale che meritano di essere prese in considerazione, ovvero ancora allorché si ravvisino «squilibri normativi che possono essere indirettamente cagionati dalle stesse pronunce di illegittimità costituzionale» (§ 5).

della tecnica decisoria – un’articolata ordinanza di rinvio, con contestuale fissazione della data dell’udienza pubblica nella quale proseguire la trattazione e conseguente *messa in mora* del Parlamento – finisce per intrecciarsi con le sottese esigenze di carattere contenutistico: rappresenta infatti il necessario *pendant*, sul piano processuale, di quanto prospettato nel merito, concretizzando l’esigenza di adottare una soluzione in grado di garantire gli effetti del riconoscimento, non ancora *dichiarato*, della parziale incostituzionalità dell’art. 580 c.p., allorché il malato, per interrompere le sofferenze e darsi la morte, sia costretto ad attraversare uno stato di degradazione della persona, lesivo della propria dignità (da salvaguardare e tutelare a maggior ragione nella fase terminale della vita, ove si è ancora più vulnerabili e indifesi). In questi casi, non appare giustificata una limitazione dell’autodeterminazione del malato stesso nella scelta delle terapie, comprese quelle appunto finalizzate a liberarlo dalle sofferenze e a condurlo *in via immediata* alla morte.

L’originale scelta compiuta, a dispetto delle vivaci critiche suscitate in parte della dottrina, dimostra notevole sensibilità nei confronti delle esigenze di tutela dei diritti individuali e massima attenzione al rispetto delle prerogative costituzionali e ai rapporti fra poteri dello Stato. La Corte si è fatta carico delle conseguenze di una declaratoria secca di incostituzionalità dell’art. 580 c.p., preoccupandosi di non lasciare esposti soggetti deboli e vulnerabili, in assenza di una disciplina normativa, a possibili abusi e strumentalizzazioni di carattere patrimoniale. Si è altresì interessata delle ricadute pratiche che l’adozione della consolidata tecnica decisoria seguita in situazioni similari – inammissibilità, accompagnata da un monito al legislatore – avrebbe comportato nell’ambito del giudizio *a quo*, a partire dalla condanna dell’imputato, auspicando, per le medesime ragioni, una disciplina transitoria per le ipotesi pregresse.

Differendo la declaratoria della ravvisata illegittimità costituzionale *in parte qua* dell’art. 580 c.p. – per consentire al Parlamento, in nome dell’invocato “spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale”, l’esercizio delle proprie prerogative – i giudici non hanno mancato di far sentire la loro voce; dettando le coordinate di razionalità del futuro intervento legislativo, che integreranno il parametro di valutazione del suo successivo sindacato. Emblematica, in questo senso, l’individuazione dettagliata dei plurimi profili critici che necessitano di regolamentazione; ancor più, sul fronte penalistico, l’inequivoca presa di posizione per una ‘soluzione tecnica’, quella della scriminante procedurale, della quale viene suggerita persino la collocazione normativa più idonea (nella legge n. 219 del 2017).

3. DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA, POTERI DEL GIUDICE COSTITUZIONALE ED EFFETTI IN MALAM PARTEM

Ancora sul rapporto fra discrezionalità legislativa e poteri del giudice costituzionale, ricordato il peso della riserva di legge di cui all’art. 25 Cost. (che affida unicamente al Parlamento la scelta di quali condotte punire e con quali sanzioni, e i conseguenti limiti imposti al sindacato della stessa Corte in materia penale) e ribadito, in termini generali, come i poteri additivi «non possono condurre all’assunzione di autonome scelte di creazione o di estensione della punibilità ovvero del trattamento sanzionatorio» (§ 7), vengono enucleate talune ipotesi nelle quali non possono essere esclusi *risultati* peggiorativi.

Si cita, a titolo esemplificativo, il caso in cui l’effetto di aggravamento della responsabilità penale non sia il frutto di scelte creative della Corte in danno della discrezionalità legislativa, quanto piuttosto «uno strumento per garantirne la razionale ed uniforme espansione, ostacolata invece da disposizioni viziate appunto dal loro particolarismo, come avviene nel caso delle

cc.dd. norme penali di favore» (sentenza n. 394 del 2006); ovvero l'evenienza in cui occorra preservare il primato delle Camere, insidiato da un abuso nella decretazione d'urgenza (sentenza n. 32 del 2014) o dallo scorretto esercizio della delega legislativa (sentenza n. 5 del 2014), allorché, in pratica, «il sindacato di costituzionalità ha sì l'effetto di introdurre nell'ordinamento forme più severe di trattamento penale, ma soltanto perché in tal modo può ricollegarsi alla discrezionalità del Parlamento, proteggendola contro gli abusi o estendendola in quelle aree da cui le sue forme concrete di esercizio siano state illegittimamente escluse» (§ 7).

Espressa menzione è dedicata poi alla sentenza n. 236 del 2018, a seguito della quale sono state ricondotte alla competenza del tribunale figure di reato assegnate alla cognizione del giudice di pace, con conseguente inapplicabilità del trattamento più favorevole vigente per i soli reati conosciuti da quest'ultimo. Si è così esplicitamente riconosciuto come non sia di ostacolo a una pronuncia di illegittimità costituzionale la circostanza che essa produca un effetto sostanziale *in malam partem*, «quando sia una mera conseguenza indiretta dell'incostituzionalità di una disposizione processuale». Ciò che si prospetta, in pratica, è una nuova articolazione del consueto principio per il quale non vi sono impedimenti al dispiegarsi della giurisdizione costituzionale in materia penale, anche con effetti *in malam partem*, quando essi non siano somministrati all'esito di un'attività manipolativa-ricostruttiva della Corte, ma appaiano la necessaria conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità, a causa del moto di ricomponimento originatosi nell'ordinamento, e l'effetto sfavorevole per l'imputato (o indagato), derivante dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale, si configuri come una mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale (§ 7).

Siffatti chiarimenti hanno trovato ulteriore sviluppo nella prima giurisprudenza costituzionale del 2019, e in particolare nella sentenza n. 37, nella quale si è colta l'occasione per compendiare le possibili eccezioni al principio dell'inammissibilità delle questioni volte a creare nuove norme penali o a estenderne l'ambito applicativo a casi non previsti (o non più previsti) dal legislatore ovvero ancora ad aggravare le conseguenze sanzionatorie o la complessiva disciplina del reato.

Riprendendo e schematizzando le conclusioni svolte in tale pronuncia, oltre al caso appena riportato, in cui un effetto peggiorativo si configuri come "mera conseguenza indiretta", derivante "dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale", si chiarisce che:

a) non può non venire in considerazione «la necessità di evitare la creazione di zone franche immuni dal controllo di legittimità costituzionale, laddove il legislatore introduca, in violazione del principio di eguaglianza, norme penali di favore, che sottraggano irragionevolmente un determinato sottoinsieme di condotte alla regola della generale rilevanza penale di una più ampia classe di condotte, stabilita da una disposizione incriminatrice vigente, ovvero prevedano per detto sottoinsieme – altrettanto irragionevolmente – un trattamento sanzionatorio più favorevole»;

b) un controllo di legittimità con potenziali effetti *in malam partem* deve ritenersi ammissibile quando a essere censurato sia lo scorretto esercizio del potere legislativo: *da parte dei Consigli regionali*, ai quali non spetta neutralizzare le scelte di criminalizzazione compiute dal legislatore nazionale; *da parte del Governo*, che abbia abrogato mediante decreto legislativo una disposizione penale, senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega; *da parte dello stesso Parlamento*, che non abbia rispettato i principi stabiliti dalla Costituzione in materia di con-

versione dei decreti legge. In tali ipotesi, qualora la disposizione dichiarata incostituzionale sia una disposizione che semplicemente abrogava una norma incriminatrice preesistente, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della prima non potrà che comportare il ripristino della seconda, in effetti mai (validamente) abrogata;

c) un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti sfavorevoli può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, comma 1, Cost.

4. LA MANCANZA DI SOLUZIONI COSTITUZIONALMENTE OBBLIGATE

Di particolare interesse appare lo sforzo compiuto dai giudici costituzionali per tentare di offrire una risposta ai dubbi di costituzionalità laddove manchi una soluzione *costituzionalmente obbligata* «che chiuda il vuoto aperto dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale con effetti *in bonam partem*» (§ 7).

Il riferimento, in questo caso, è alla sentenza n. 222 del 2018, nella quale la Corte ha dichiarato illegittima una pena accessoria fissa (e quindi non modulabile dal giudice), relativa ai delitti di bancarotta fraudolenta, senza arrestarsi davanti alla constatazione che la pena con cui sostituirla, per non aprire un vuoto di tutela, non si imponeva “a rime obbligate”, ritenendosi di poter surrogare l'originaria e incostituzionale risposta punitiva con una delle (non univoche) soluzioni già esistenti nel sistema, fermo restando che il legislatore sarebbe poi potuto intervenire per adottare un diverso trattamento, reputato più congruo. Per tale via, se risulta ampliato lo spazio di azione della Corte, dal momento che «è certamente più agevole rinvenire, tra i molti possibili, l'adattamento normativo meno distante dalla logica di sistema, piuttosto che l'unico a essere prescritto dalla Costituzione», non risulta al contempo sacrificata la discrezionalità legislativa, «non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito» (§ 7).

È questo, peraltro, il percorso logico-argomentativo posto a fondamento della recentissima sentenza n. 40 del 2019 (menzionata nella Relazione sempre al § 7), con la quale la stessa Corte, in materia di stupefacenti, ferma restando la possibilità di una diversa scelta del legislatore, «ha individuato nell'ordito legislativo la pena con cui sostituire quella sproporzionata ed eccessiva prevista dalla disposizione viziata da illegittimità costituzionale per la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., oltre che del principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost.» (§ 7).

Nel caso di specie, dando seguito al monito rivolto al legislatore in occasione della sentenza n. 179 del 2017 (con la quale, pur reputando inammissibile analoga questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Rovereto, il legislatore era stato invitato a riformare la disciplina del trattamento sanzionatorio dei delitti in materia di stupefacenti, ricomponendo la frattura tra le pene previste per i fatti lievi e per quelli non lievi di cui, rispettivamente, al quinto e al primo comma dell'art. 73 t.u. stup.), è stato dichiarato illegittimo il minimo edittale (reclusione di otto anni) previsto per il delitto di cui all'art. 73, primo comma, del d.P.R. n. 309 del 1990 che incrimina i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le cosiddette droghe pesanti; minimo edittale cui, per effetto della sentenza, dovrà sostituirsi quello, più mite, di sei anni. Nel percorso argomentativo della pronuncia, la Corte ha in particolare rilevato come la differenza di ben quattro anni tra il minimo edittale di pena previsto per la fattispecie ordinaria che

punisce le condotte aventi a oggetto le c.d. droghe pesanti (otto anni di reclusione) e il massimo di pena stabilito per quella di lieve entità (quattro anni) costituisca uno iato sanzionatorio in contrasto con i principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza (art. 3 Cost.), e con il principio di rieducazione della pena (art. 27 Cost.). Oltre che per le ricadute su un gran numero di procedimenti penali non ancora definiti, e di sentenze già passate in giudicato ma ancora in esecuzione, l'importanza della decisione sta proprio nell'aver concretizzato, nel delicato terreno dei reati in materia di stupefacenti, la possibilità di ridefinire i limiti edittali pur in assenza di un'opzione costituzionalmente obbligata: il parametro di 6 anni di reclusione non costituisce, invero, l'unica soluzione predata dall'ordinamento, ma ciò nonostante è stata ritenuta coerente rispetto alla logica perseguita dal legislatore nel sanzionare le ipotesi "di confine".

5. LE ESIGENZE DI CERTEZZA E CONOSCIBILITÀ

Non manca un richiamo alla necessità che trovino adeguata garanzia, nel terreno del diritto penale sostanziale, le prioritarie esigenze di certezza e conoscibilità delle disposizioni, tali da scongiurare l'impiego di altre forme decisorie a minor tasso di determinatezza, «come quelle delle pronunce additive di principio, ove un ruolo fondamentale di ricomposizione del tessuto normativo è affidato, in difetto di un intervento legislativo, al giudice comune» (§ 7).

Proprio con riferimento alle facoltà (e ai relativi limiti) del giudice comune, viene richiamata un'altra delle sentenze più significative del 2018, la n. 115, conclusiva della c.d. saga Taricco; in tale pronuncia, come si ricorderà, si è particolarmente insistito sul principio della separazione dei poteri che, operando per permettere l'indipendenza delle magistrature nell'applicazione della legge, esige al contempo «che la materia penale, soggetta al principio di legalità, sia descritta in modo tassativo e determinato dal solo legislatore», con il corollario che «al giudice non può essere affidato che il compito di rinvenire il significato della disposizione normativa nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza, e che la persona può raffigurarsi leggendolo». Si tratta, in buona sostanza, del definitivo ripudio dell'idea di *giudice di scopo*, adombrata dalla Corte di Giustizia nella ben nota sentenza dell'8 settembre 2015.

6. LA CONCLUSIONE DEL CASO TARICCO: UN ESERCIZIO INDIRETTO DEI CONTROLIMITI?

Orbene, l'appena ricordata sentenza n. 115 del 2018 sembra assumere una posizione di particolare risalto nel contesto degli scenari futuri del diritto penale, nella duplice direzione interna e sovranazionale.

Va certamente riconosciuto come, nel confronto/scontro fra Corte di Giustizia e Corte costituzionale nella vicenda Taricco, abbia premiato, in termini di risultato finale, la 'strategia diplomatica' intrapresa da quest'ultima a partire dall'ordinanza n. 24 del 2017, concretizzatasi nella scelta di attivare un ulteriore rinvio pregiudiziale (suggerendo alla Corte di Giustizia, attraverso il richiamo ai paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco I*, una onorevole via d'uscita, prontamente percorsa), pur a fronte di una motivazione ferma nel sostenere la natura sostanziale della prescrizione e l'importanza della legalità in materia penale quale "principio supremo dell'ordinamento". In tale prospettiva, è risultato altrettanto proficuo avere messo da parte il profilo più 'divisivo' nella dimensione della legalità europea – quello della riserva di legge – privilegiando quello della determinatezza (declinato in termini di certezza del diritto e soprattutto di prevedibilità), più vicino alla concezione sovranazionale e convenzionale di legalità

penale e non a caso valorizzato dai giudici europei al § 51 della pronuncia *Taricco II*, ove è stata ribadita la significatività, anche in proiezione sovranazionale, del nucleo duro del principio di legalità (*sub specie* prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile), ricollegandolo agli artt. 49 e 51 della Carta, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e all'art. 7, par. 1 CEDU).

Le modalità con le quali è stato chiuso il caso – superando il riferimento meramente temporale e approfondendo la consonanza con le ulteriori articolazioni del principio di legalità – hanno non solo cristallizzato l'incompatibilità fra qualsivoglia disapplicazione *in malam partem* di una norma di diritto penale sostanziale e il principio di legalità penale, scongiurando il pericolo di soluzioni disomogenee da parte dei giudici comuni, ma hanno anche rappresentato una forte rivendicazione della esclusiva competenza della Corte costituzionale nell'accertare il potenziale contrasto fra il diritto europeo, i principi supremi dell'ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona.

Il ruolo riconosciuto sul punto ai giudici comuni (interlocutori privilegiati delle Corti sovranazionali), chiamati a interpellare il giudice costituzionale, sollevando se del caso il dubbio sulla legittimità della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto, è stato in qualche modo ricordato dallo stesso Presidente Lattanzi nella parte della Relazione dedicata ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Si è così messo in luce come, se è vero che «nel rapporto con l'Unione europea, in particolare, l'attitudine del sindacato accentrato di legittimità costituzionale a garantire la più efficace delle tutele, con pronunce vavevoli *erga omnes*, si deve conciliare con il primato del diritto europeo, che reclama l'immediato impiego, da parte del giudice comune, delle disposizioni direttamente applicabili», è altrettanto indubitabile che ciò possa altresì «implicare che disposizioni di legge non più applicate dai vari giudici nelle loro decisioni rimangano in vita nell'ordinamento nazionale, con pregiudizio della certezza del diritto e dell'effettività dei diritti costituzionali eventualmente coinvolti» (§ 8). Con l'effetto che la mancata applicazione della legge nazionale da parte dei giudici comuni, per incompatibilità con il diritto dell'Unione, «potrebbe sottrarre alla Corte costituzionale la conoscenza di assetti normativi che si pongono in urto, oltre che con gli artt. 11 e 117, primo comma, anche con altre parti della Costituzione», ponendo seri problemi di conciliabilità, specie nella materia dei diritti e delle libertà della persona, con il ruolo di custode giudiziario della Costituzione proprio della Corte (§ 8). Detto altrimenti, impregiudicato il potere dei giudici comuni di non applicare la legge nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione o di farne oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, è auspicabile l'uso prioritario della questione di legittimità costituzionale, così da permettere alla Corte costituzionale di eliminare dall'ordinamento la norma in contrasto con il diritto dell'Unione che altrimenti, benché disapplicata dagli altri giudici, resterebbe in vita.

Ciò non attenua la consapevolezza della Corte costituzionale dell'utilità del rinvio pregiudiziale per l'instaurarsi di un proficuo rapporto con la Corte di giustizia, come dimostra il fatto che grazie a tale strumento, sempre nel 2018, si è riusciti a riaffermare – proprio nel caso *Taricco* – «l'intangibilità dei principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato» e a ottenerne dalla Corte di giustizia «un riconoscimento quale elemento vitale dello stesso edificio europeo», chiudendo una vicenda «che diversamente sarebbe potuta deflagrare in un grave conflitto tra ordinamenti» (§ 8).

7. L'AUTO-MONITO DELLA CORTE E LE PROSPETTIVE DEL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

Restando sul punto, si può azzardare la conclusione che il risultato ottenuto scegliendo nella vicenda la via della diplomazia sia stato sostanzialmente identico a quello che si sarebbe potuto conseguire seguendo la strada della diretta attivazione dei controlimiti (per il tramite della dichiarazione di incostituzionalità della legge di ratifica del Trattato), dei quali si può ritenere vi sia stato un *esercizio indiretto*, o meglio un diverso modo di attivarli per il tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale.

A ciò va aggiunto come, da un lato, la ferma opposizione della Corte costituzionale a un diritto penale sovranazionale di matrice giurisprudenziale, incerto e imprevedibile, non corrisponda a un'aprioristica chiusura a un diritto penale europeo, potendosi al contrario scorgere tra le righe della sentenza n. 115 del 2018 (e prima ancora dell'ordinanza n. 24 del 2017) il nuovo inizio di un percorso di consacrazione a livello comunitario delle garanzie democratiche tipiche della materia penale, a partire dall'esigenza di una base legislativa, anche europea, 'determinata' e prevedibile; del resto, questo auspicio si coglie anche nella chiosa finale della Relazione, nella manifestata «convincione di avere posto le giuste premesse per una sempre più stretta integrazione europea attraverso il diritto, che al contempo non abdica alla tutela dei principi supremi dell'ordine costituzionale» (§ 9).

Dall'altro lato, ottimisticamente, si può leggere nelle parole della Corte pure una sorta di *auto-monito*, al quale ricollegare positive ricadute, *pro futuro*, in termini di maggiore rigore nel sindacato sulla sufficiente determinatezza *anche* delle norme penali interne, nella prospettiva, meritoriamente enfatizzata nella sentenza 115, di vagliare che siano prodotte regole non solo adeguatamente definite *a priori* per essere applicate da parte del giudice ma anche idonee ad assicurare a ciascuno una *percezione chiara e immediata* dei risvolti penalistici della propria condotta. *Auto-monito* che pare essere stato prontamente raccolto dalla Corte nelle importanti sentenze nn. 24 e 25 del 2019, che hanno condotto alla dichiarazione di illegittimità costituzionale, rispettivamente, dell'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, e di quelle patrimoniali del sequestro e della confisca, nei confronti delle persone, individuate dall'art. 1 lett. a) d.lg. n. 159/2011 (in cui è confluito l'art. 1, n. 1 l. n. 1423/1956), che «*debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi* e dell'art. 75, commi 1 e 2, d.lg. n. 159/2011, nella parte in cui sanziona penalmente la violazione delle prescrizioni di «*vivere onestamente*» e di «*rispettare le leggi*» imposte con la misura personale della sorveglianza speciale.

