



**O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, Palermo University Press, 2022, pp. 237\***

**L**e note che seguiranno vertono sull'opera monografica dell'Autrice Ornella Spataro. Il volume analizza infatti le recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul sindacato di legittimità delle sanzioni penali. Una questione "cruciale" (così definita da Giovanni Pitruzzella, curante la prefazione del libro): la legalità penale, è infatti individuata quale uno dei fattori sintomatici di crisi delle democrazie liberali.

Il delicato tema del sindacato di legittimità delle scelte sanzionatorie del legislatore si colloca in un ambito particolarmente delicato in quanto, più di altri, è potenzialmente incisivo sulle libertà fondamentali dei cittadini.

La strumentalizzazione del diritto penale produce almeno due ordini di criticità. Da un lato, un diritto penale del nemico collide con i principi costituzionali posti a tutela dei diritti e delle garanzie fondamentali dei cittadini (tra i quali il principio di proporzionalità, il principio di determinatezza e tassatività, il principio della finalità rieducativa della pena ecc.); dall'altro, si assiste a ciò che viene definita, anche nel volume ivi in commento, come "crisi del sistema delle fonti", intesa come crisi della centralità del ruolo della legge ordinaria.

In tale quadro si inserisce il ruolo della Corte costituzionale, l'organo di controllo esterno si è sempre mostrato consapevole degli equilibri istituzionali, tanto da scegliere di evitare di pronunciarsi su questioni che avrebbero potuto sfociare in un'invasione nelle competenze legislative. Difatti nel caso in cui vi possa essere il rischio che una sentenza comprometta il rispetto degli equilibri istituzionali, la Corte si limita a richiamare l'attenzione del Parlamento attraverso pronunce monito, nonostante un suo intervento sia nei fatti necessario.

Non è purtroppo inusuale che i moniti rivolti al legislatore siano rimasti per lungo tempo inascoltati. La conseguenza di tale mancato interventismo è quella di lasciar sopravvivere nell'ordinamento norme di fatto incostituzionali.

Negli ultimi anni il Giudice delle leggi, come esplicitato nella relazione annuale del 2019, si è trovato a dover allargare gli argini del proprio sindacato per assicurare la piena tutela dei diritti

---

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

fondamentali, una tutela che si fa ancora più urgente nei contesti in cui questi diritti vengono a trovarsi dinanzi la potestà punitiva dello Stato.

Nella premessa metodologica dello studio monografico oggetto delle presenti riflessioni vengono ricostruite le cause di un sindacato di costituzionalità che, in ambito penale, è venuto ad assumere un ruolo particolarmente dinamico.

L'Autrice attribuisce tale dinamismo alla crisi del sistema delle fonti, le cui cause vengono a loro volta individuate da un lato nella inedita debolezza della separazione dei poteri sul versante della produzione legislativa, dall'altro nelle limitazioni di sovranità concesse a favore dell'Unione Europea. Tutto ciò ha fatto sì che il ruolo della legge parlamentare, originariamente centrale, assumesse un carattere sempre più recessivo.

Significativo considerare, nell'analisi degli itinerari giurisprudenziali, il differente atteggiamento assunto dalla Consulta: ad un primo periodo caratterizzato da un deciso interventismo in materia penale, finalizzato a espungere dall'ordinamento fattispecie fortemente ispirate ai principi dell'ideologia fascista, è seguita una giurisprudenza attenta alla discrezionalità legislativa, a tal punto che si è giunti a parlare di “zona franca di sindacabilità” a riguardo delle misure sanzionatorie penali.

La sindacabilità delle sanzioni penali è dipesa dalla individuazione, da parte del giudice *a quo*, di una fattispecie suscumbibile quale *tertium comparationis*, alla luce del quale si è cercato di mostrare il vizio di irragionevolezza del trattamento sanzionatorio denunciato di illegittimità e, al contempo, di fornire alla Corte un sostituto sanzionatorio con cui colmare l'ipotetico *vulnus* ordinamentale derivante da una pronuncia di illegittimità. Un *modus operandi* – denominato “rime obbligate” – che ha consentito alla Corte di evitare la creazione di zone sottratte al suo sindacato ed, al contempo, mantenere saldi gli equilibri istituzionali che attribuiscono al Legislativo il potere di prevedere fattispecie penali e relative sanzioni.

L'incremento di politiche legislative “populiste”, volte a far leva sulla funzione general-preventiva del diritto penale, ha prodotto una serie di interventi legislativi controversi ovvero, come definiti dall'Autrice, “deformanti il sistema penale costituzionale”, dinanzi ai quali l'intervento della Corte non si sarebbe potuto evitare.

La Consulta si è rivolta direttamente al legislatore, trasmettendo moniti ogni qual volta che un suo – seppur doveroso – intervento potesse indurla a superare i rigidi argini dettati dal rispetto della discrezionalità legislativa. Pur a fronte dell'autorevolezza della fonte promanante, spesso l'inerzia legislativa ha lasciato i numerosi moniti inascoltati. Ciò ha condotto la Corte ad ampliare il suo spazio di intervento, mirato a garantire l'effettivo rispetto dei principi penali che delineano il “volto costituzionale del sistema penale”.

Ed è proprio la prolungata inerzia del legislatore che ha costretto, in occasioni, la Consulta a superare il cosiddetto schema delle rime obbligate, per approdare alle c.d. rime possibili. Ai fini di un sindacato di costituzionalità di misure sanzionatorie denunciate di illegittimità costituzionale, non si rende più necessaria l'individuazione di una fattispecie suscumbibile quale *tertium comparationis* alla stregua del quale operare il sindacato di ragionevolezza e, eventualmente, colmare una lacuna conseguente ad un accoglimento.

La sentenza che apre la strada a questo nuovo atteggiamento della Corte è la n. 236 del 2016, in cui oggetto di sindacato era il trattamento sanzionatorio previsto per il reato di alterazione di stato, denunciato di essere sproporzionato rispetto al trattamento disposto per la fattispecie di alterazione di stato mediante falso. Ciò che viene a mancare nel giudizio che conduce alla emanazione della sentenza n. 236 è il raffronto ternario tra le fattispecie, in quanto la incostituzionalità della sanzione viene fatta discendere da un difetto di proporzionalità intrinseco alla fattispecie stessa.

La proporzionalità viene ad essere individuata quale elemento intrinseco della fattispecie penale, quale adeguatezza del trattamento al caso che viene disciplinato. Solo in un secondo momento viene recuperato il ruolo del *tertium comparationis* che, svincolato dalla valutazione di illegittimità del trattamento denunciato, viene ad essere assunto come sostituto sanzionatorio.

Ulteriore svolta nel percorso giurisprudenziale costituzionale riguardo al sindacato di costituzionalità delle misure sanzionatorie è costituito dalla sentenza n. 222 del 2018, la quale fonda l'illegittimità della norma denunciata sul combinato disposto derivante dagli articoli 3 e 27 della Costituzione. Una pronuncia che segna il superamento dello schema delle rime obbligate e, con esso, il rischio che uno stringente rispetto della discrezionalità del legislatore possa determinare una restrizione nella tutela dei diritti fondamentali. La sentenza n. 222 del 2018 porta ad una nuova declinazione della proporzionalità, quale corollario dell'articolo 27 co. 3 Cost., necessario presupposto per un trattamento sanzionatorio tendente alla rieducazione (impostazione che sarà successivamente ripresa nell'ambito del sindacato sfociante nella sent. n. 40 del 2019 C. cost).

Successivamente con la nota sentenza sul caso Cappato (sent. 242 del 2019 C.cost.), il Giudice costituzionale, superando lo schema triadico delle rime obbligate, approda al metodo della c.d. doppia pronuncia. A seguito dell'adozione di tale atteggiamento è possibile individuare ciò che nel libro viene definita una "Corte di mediazione", che si pone in maniera collaborativa prima di sfociare in interventi invasivi della sfera di attribuzione legislativa. Il monito, che assume le forme di un'ordinanza, fornisce al Parlamento un termine preciso entro cui intervenire per conformare la legislazione impugnata alle garanzie della Costituzione. In questa prospettiva la dottrina è giunta alla definizione di "ordinanze di incostituzionalità prospettata", con cui la Consulta lascia trasparire l'illegittimità costituzionale delle norme denunciate, decide di non intervenire nell'immediato.

Attraverso tale modello, come ben definisce la Spataro, "la Corte sembra trarre le legittimità dei suoi interventi che rasentano il limite della discrezionalità legislativa ogniqualvolta il legislatore abbia mancato di recepire un precedente monito". La rinuncia ad adempiere alla funzione legislativa che gli spetta viene interpretato dalla Consulta come una sorta di autorizzazione ad agire derivante dallo stesso legislatore.

La ricostruzione del percorso giurisprudenziale di costituzionalità che l'opera sviluppa si prospetta come necessaria alla piena comprensione dell'analisi della discrezionalità legislativa e discrezionalità giudiziaria nel dialogo con la Corte.

Il terzo capitolo si apre con una disamina dei principi penalistici derivanti dall'articolo 25 comma 2 della Costituzione, analizzando l'evoluzione giurisprudenziale e il concreto utilizzo

di questi nei sindacati di legittimità delle sanzioni penali. In particolare, l'Autrice fa riferimento in primo luogo al principio di offensività e al suo utilizzo per eliminare dall'ordinamento le c.d. fattispecie d'autore, ossia fattispecie di reato fondate su una presunzione di pericolosità dell'autore piuttosto che riservare attenzione alla concreta pericolosità del fatto. In secondo luogo al principio di determinatezza, inizialmente ritenuto rivolto esclusivamente al legislatore, per poi confermare la sua rilevanza anche in sede giurisdizionale quale limite alla creatività giudiziale.

Nella medesima prospettiva metodologica viene affrontato il tema della costituzionalità degli automatismi legislativi, quali fattispecie di reato che prevedono una punizione statica senza che vi sia la possibilità di modulare le conseguenze di un fatto attorno alle caratteristiche del soggetto o delle circostanze. Un tema in cui il delicato equilibrio tra discrezionalità legislativa e ruolo della Corte emerge con particolare rilievo, in quanto, tali meccanismi sanzionatori si pongono in maniera del tutto conflittuale con i principi ricavabili dall'articolo 27 della Costituzione, ossia la personalità della responsabilità penale e la finalità rieducativa della pena. Per altro verso, la presenza di automatismi legislativi tenta di rispondere alla necessaria certezza del diritto, desumibile dal secondo comma dell'art. 25 Cost.

L'opera della Spataro delinea con chiarezza la complessità del percorso giurisprudenziale nel peculiare ambito della normativa penalistica. Nelle ultime pagine, in particolare, fa emergere l'attualità del tema trattando il rapporto tra la disciplina dei c.d. reati ostativi e un disposto costituzionale che richiede la finalità rieducativa e la personalità della sanzione penale.

Il principio di finalità rieducativa della misura sanzionatoria, sancito al terzo comma dell'articolo 27 Costituzione, diviene il fulcro nella questione del necessario superamento del regime ostativo con la sent. n. 253 del 2019. Decorso il termine stabilito nella prima ordinanza del 2021, la Corte costituzionale, nel maggio 2022, rinvia nuovamente la trattazione della questione circa l'ostatività della liberazione condizionale per i detenuti non collaboranti. L'8 novembre 2022 tramite un comunicato stampa, ha deciso di rimettere la questione alla Corte di cassazione quale *giudice a quo*, a causa dell'intervenuto decreto legge varato dal nuovo Governo Meloni contenente disposizioni sul tema. Sebbene sia espressione del legislatore, profili di incostituzionalità paiono tuttora trasparire dal rinnovato quadro legislativo, ma la Consulta non ha accolto la richiesta di allargare il *petitum* del sindacato anche alle nuove disposizioni contenute nel nuovo decreto.

Infine si rileva come, una completa e attenta dell'opera dell'Autrice consenta di individuare, nel percorso della giurisprudenza costituzionale, differenti atteggiamenti, consequenziali l'uno all'altro. Emerge chiaramente una prima fase in cui la Corte assume le vesti di un organo volto a ristabilire la costituzionalità di un sistema penale ancora fortemente incardinato su principi e ideologie tipiche dell'epoca fascista. In un secondo momento poi, la Consulta, costringe la sua attività dentro gli stretti argini del rispetto della discrezionalità legislativa, propendendo per pronunce di rigetto laddove si prospettasse l'ipotesi di un intervento manipolativo.

Di conseguenza, la lettura dell'opera fornisce mezzi idonei alla riflessione circa l'ultimo orientamento a cui pare essere approdata la Corte a seguito della vicenda vertente sulla questione di legittimità dell'ergastolo ostativo. Sebbene in epoca più recente pare potersi

assistere ad un atteggiamento più dinamico da parte della Consulta, che nell'ottica di un bilanciamento tra rispetto della discrezionalità legislativa e tutela dei diritti sceglie quest'ultima opzione, nella vicenda concernente la costituzionalità del regime ostativo, il Giudice delle leggi si mostra particolarmente ossequioso nel rispettare la sfera di attribuzioni legislative, propendendo per un doppio rinvio piuttosto che decidere di trattare una questione potenzialmente sfociante in un'invasione nella sfera di attribuzioni legislative.

Allegra Dominici