

# ASSISTENDO ALLA METAMORFOSI DEL PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE: LA DICHIARAZIONE DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL DIRITTO PENALE VIVENTE

SOMMARIO: 1. Una premessa ovvia: l'imprescindibilità della Corte costituzionale nello Stato di diritto. – 2. Le novità introdotte dalla legge c.d. Spazzacorrotti (L. n. 3/2019). – 3. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate con le ordinanze di rimessione. – 4. La declaratoria di illegittimità costituzionale (C. cost. n. 32/2020). – 5. I principi costituzionali nell'alternativa tra *accoglimento* o *rigetto* della questione di legittimità. – 6. Dal *diritto positivo* al *diritto vivente*: un *trend* inarrestabile della giurisprudenza penale della Corte costituzionale. – 7. La *riserva di legge* di cui all'art. 25, co. 2, Cost. tra forma e sostanza. – 8. L'*oggetto* della dichiarazione di illegittimità costituzionale, *ex art.* 134 Cost. – 9. Un possibile (e rischioso) percorso inverso: la *positivizzazione* del *diritto vivente*. – 10. Note conclusive: i vincoli derivanti dagli artt. 25, co. 2, e 134 Cost. e lo stravolgimento della *gerarchia delle fonti*.

*Abstract.* La Corte costituzionale – con sentenza n. 32/2020 (ud. 12/02/2020, dep. 26/02/2020) – ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, co. 6, lett. b), L. n. 3/2019, c.d. Spazzacorrotti, “*in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4 bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354*” siano applicabili retroattivamente. La pronuncia, che estende alle misure alternative alla detenzione il *principio di irretroattività della legge penale sfavorevole*, si inserisce in un *trend* (ormai) consolidato di *sentenze interpretative di accoglimento* che censurano il significato attribuito alla disposizione normativa nel *diritto vivente* e confermano la metamorfosi del *principio di legalità* per come concepito nella tradizione Illuministica: si assiste ad una compromissione della vincolatività della *riserva di legge ex art. 25, co. 2, Cost.*, dei limiti di sindacabilità fissati dall'art. 134 Cost. e della rigidità della *gerarchia delle fonti* che caratterizza l'ordinamento giuridico.

1. *Una premessa ovvia: l'imprescindibilità della Corte costituzionale nello Stato di diritto*

Uno Stato di diritto, tra le primarie prerogative, tende ad impedire che i cittadini possano subire soprusi in violazione dei diritti fondamentali. Nel nostro ordina-

mento giuridico tale aspettativa è presidiata (anche) dalla Corte costituzionale, le cui statuizioni non si limitano a censurare su un piano astratto le leggi inosservanti i principi che emanano dalla Carta costituzionale (e dalle fonti euro-unitarie e convenzionali richiamate quali parametri interposti dall'art. 117 Cost.), ma producono effetti concreti sulla vita della comunità.

Un compito tanto gravoso per i Giudici costituzionali, quanto imprescindibile per la comunità e per gli operatori del diritto a vario titolo coinvolti nell'amministrazione della giustizia, specie in un'epoca in cui la crisi della legalità tende ad acuirsi. Non ci si riferisce solo alla contingente situazione emergenziale sanitaria da Sars-Cov-2, caratterizzata dal proliferare di provvedimenti governativi di non pacifica compatibilità costituzionale<sup>1</sup>, ma ad un fenomeno invero più esteso e risalente e, non solo per questo, più allarmante. Una crisi che da tempo attanaglia il sistema giuridico caratterizzato da un *modus legiferandi* particolarmente affastellato. Limitando la riflessione al diritto penale, appare assillante il ricorso, da più parti denunciato<sup>2</sup>, dell'esecutivo alla decretazione d'urgenza, la cui conversione in legge è, peraltro, spesso vincolata alla conferma della *fiducia*. Prassi che tradisce una certa diffidenza nei confronti del Parlamento, organo rappresentativo del popolo sovrano che dovrebbe essere effettivamente "considerato" nell'esercizio del potere legislativo punitivo, in uno Stato che si dica di diritto<sup>3</sup>.

Né appare giustificabile che, in una ottica meramente repressiva ed alimentata da istanze populiste, il legislatore tenda (come avvenuto con la legge c.d. Spazzacorrotti, L. n. 3/2019) ad introdurre trattamenti punitivi deteriori *in itinere* – tra il momento della commissione del fatto e quello dell'esecuzione della pena – nei confronti del reo, riversando sui giudici comuni e sulla Corte di cassazione l'onere di valutarne la compatibilità con i parametri costituzionali.

In questa cornice risulta legittima ed ampiamente giustificata la fiducia riposta dai consociati, e dagli interpreti qualificati, nella funzione di garanzia assoluta dalla

<sup>1</sup> In questo senso si sono espressi sia G.M. FLICK, già presidente della Corte costituzionale (cfr. le dichiarazioni del 13/03/2020 rilasciate a *Open* e pubblicate su [www.open.online.it](http://www.open.online.it)), sia S. CASSESE, già giudice della Corte costituzionale (cfr. le dichiarazioni del 14/04/2020 rilasciate a *Il Dubbio* e pubblicate su [www.ildubbio.new.it](http://www.ildubbio.new.it)).

<sup>2</sup> Per una critica all'uso della decretazione d'urgenza in ambito penale cfr. M. ROMANO, *Carta Costituzionale e riserva di legge*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 46 e ss. Nella manualistica cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018, p. 45 e ss.

<sup>3</sup> "...nel complesso le concezioni della scienza e della prassi giuridica erano (e sono ancora) dominate da una serie di semplici equivalenze: diritto = legge; legge = la regolazione statale stipulata con il concorso della rappresentanza popolare. Era questa la legge cui di fatto si pensava nell'invocare la "supremazia della legge" e il "principio di conformità a leggi di ogni attività dello Stato" come carattere essenziale dello Stato di diritto", C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität. Achte, korrigierte Auflage*, Berlino, 1932, ed. italiana a cura di C. GALLI, Bologna, 2018, p. 52 e ss.

----- OMISSIS -----

Questa logica, che si fonda su una necessaria distinzione dei ruoli e delle responsabilità – del legislatore per aver *mal legiferato*; della giurisdizione per aver *mal interpretato* – appare l'unica coerente con l'attuale art. 134 Cost., che legittima la censura del solo *diritto positivo*, e con l'art. 25, co. 2, Cost. che, nell'esprimere il principio della riserva di legge in materia penale, non considera il ruolo dell'interpretazione e, quindi, del *diritto vivente*, se non nei limiti di un divieto di interpretazione analogica *in malam partem*, che ne costituisce uno dei corollari. La giurisprudenza costituzionale dovrebbe – per dirla con Fausto Giunta – “stigmatizzare il tradimento della funzione legislativa”<sup>90</sup>, più che imporre al giudice, con valore *erga omnes*, una differente interpretazione. Non dovrebbe essere il formante giurisprudenziale a colmare le imprecisioni e lacune delle disposizioni, ma il legislatore ad accorgersi delle imprecisioni e delle lacune da lui create ed evidenziate nel *diritto vivente*<sup>91</sup>.

Se, quindi, non si è mal impostato il ragionamento, allora la Corte costituzionale, nel caso *de quo*, avrebbe dovuto pronunciare (i) una *sentenza interpretativa di rigetto* e fornire una interpretazione secondo costituzione ovvero (ii) una *sentenza di accoglimento additiva* e dichiarare l'incostituzionalità della L. n. 3/2019 perché contraria all'art. 25, co. 2, Cost. per come costruita dal legislatore, che è stato impreciso, vago, incompleto, poiché ha ommesso di disciplinare compiutamente le novità normative affinché la sua applicazione potesse essere interpretata in senso coerente rispetto ai parametri costituzionali. Il legislatore, infatti, avrebbe dovuto (e certamente potuto) – nel rispetto dell'irrinunciabile divieto di irretroattività della disposizione più sfavorevole – indicare una disciplina transitoria che impedisse l'applicazione retroattiva delle novità normative introdotte<sup>92</sup>. Ed invece, con-

---

bia] tradito la legalità prima di tutto dimenticando qualunque cura per il decoro anche solo esteriore della formulazione legislativa”.

<sup>90</sup> F. GIUNTA, *Il burocrate creativo*, cit., p. 157.

<sup>91</sup> Su questo profilo è utile richiamare la parte motiva della terza sentenza Taricco (C. cost., ud. 10/04/2018, dep. 31/05/2018, n. 115, cit.), in cui si afferma che “...quand'anche la “regola Taricco” potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a “colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale” (così § 11 del *Considerato in diritto*). Sul tema cfr. V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sistema Penale*, 3, 2020, p. 137, il quale rappresenta che: “[c]om'è stato osservato, si tratta di una svolta epocale che “sembra segnare una sorta di ripensamento della giurisprudenza costituzionale in relazione al vizio di indeterminatezza”, per la quale – come notato in precedenza – “eventuali deficit del principio di precisione (quale vincolo di tecnica normativa nei confronti del legislatore) sarebbero sanabili attraverso la stabilizzazione delle interpretazioni, ossia ad opera della giurisprudenza, cui verrebbe di fatto trasferito il compito di chiudere la fattispecie nel punto in cui risulta linguisticamente generica” (Giunta)”.

<sup>92</sup> “Stante il silenzio del legislatore sul regime intertemporale delle modifiche in esame, il rimedio appropriato, in risposta alle questioni sollevate dai rimettenti, è la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata così come risultante dal diritto vivente”, così C. cost., ud. 12/02/2020, dep. 26/02/2020, n. 32, cit., § 4. del *Considerato in diritto*. Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, ud. 14/03/2019, dep. 20/03/2019, n. 12541, cit., che proprio con riferimento ai profili di illegittimità della c.d. Spazzacorrotti aveva prospettato dubbi di legittimità costituzionale per la mancata previsione di una disciplina transitoria.

sapevole che, secondo il *diritto vivente*, quelle modifiche introdotte relativamente all'esecuzione della pena sarebbero sottostate al principio *tempus regit actum*, ha preferito essere incompleto, riversando sul giudice il compito di perimetrare l'ambito di applicazione.

In questo schema il *diritto vivente* – che costituisce il prodotto di un procedimento ermeneutico giunto a maturazione – diviene il *parametro-spia* per valutare il *grado* di imprecisione e indeterminatezza (anche dovuta all'inerzia) del legislatore nella formulazione di quelle *leggi* e di quegli *atti aventi forza di legge* che possono, solo essi, essere censurati dalla Corte costituzionale *ex art. 134 Cost.*

Un'ultima riflessione: ad un livello più alto resta l'alternativa di considerare le declaratorie di incostituzionalità dell'interpretazione nella prospettiva propria del diritto sovranazionale, in cui il *formante giurisprudenziale* costituisce, però, diversamente che nel nostro ordinamento, vera e propria *fonte del diritto*<sup>93</sup>.

Nel sistema della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, infatti, si riconosce un “*preciso diritto di fare affidamento sull'interpretazione del precetto medesimo fornita dalla giurisprudenza, e di regolare conseguentemente il proprio comportamento, senza rischiare di essere sorpresi ex post da un'interpretazione (e una conseguente applicazione) della norma non prevedibile a proprio danno*”<sup>94</sup>. Così, nel noto caso *Varvara*, si è affermato che: “[l]a nozione di «diritto» («law») usata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che figura in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto d'origine sia legislativa sia giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (*Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil des arrêts et des décisions* 1996 V; *S.W.*, sopra citata, § 35; *Kokkinakis c. Grecia*, 25 maggio 1993, §§ 40-42, serie A n. 260 A). Per quanto chiara possa essere la formulazione di una norma legale, in qualunque sistema giuridico, compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giuridica. Sarà sempre necessario delucidare i punti dubbi e adattarsi alle mutate situazioni. Tra l'altro, è saldamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale. Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile”<sup>95</sup>.

Osservato che, in ogni caso, ai sensi dell'art. 54 CEDU anche il *formante giurisprudenziale* inteso a livello convenzionale assume un ruolo solo nella misura in cui tende ad *ampliare* – e non a *restringere* – il grado di garanzia per il cittadino, si deve

<sup>93</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 40 e ss.

<sup>94</sup> Così F. VIGANO, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., p. 13.

<sup>95</sup> Così Corte Eur. Dir. Uomo, Sez. II, 29/10/2013, caso *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, § 55 delle motivazioni, con nota di F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, 05/11/2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

ammettere che la *legalità sostanziale* si sta imponendo sulla *legalità formale*, con contestuale e progressiva metamorfosi dei principi di ispirazione Illuministica che caratterizzano la Carta costituzionale. Se si volesse, *de jure condendo*, attribuire al termine *legge* di cui agli artt. 25 e 134 Cost. un significato più ampio, comprensivo del *diritto vivente*, alla stregua di quanto avviene a livello convenzionale, in particolare rispetto all'art. 7 CEDU<sup>96</sup>, si dovrebbe, tuttavia, contestualmente ammettere che il *diritto vivente*, nel nostro ordinamento, abbia ormai acquisito il ruolo di vera e propria *fonte del diritto*, con il conseguente pericolo di uno stravolgimento della *gerarchia delle fonti* e di una messa in discussione della divisione dei poteri di Montesquiana concezione<sup>97</sup>.

ALESSANDRO KELLER

---

<sup>96</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità*, cit., p. 84, in cui l'Autore, critico rispetto alla possibilità di sostituire il principio di legalità con il principio di prevedibilità delle decisioni, rappresenta che "...l'enfasi sulla pretesa garanzia "ulteriore" o "supplementare" risultante dall'art. 7 CEDU risulta fuorviante: la "legalità" europea rinuncia – oltre che alla riserva di legge – alla determinatezza legale e si accontenta, quale surrogato anziché supplemento, della "ragionevole prevedibilità" della giurisprudenza, rimettendo ad essa la determinazione precisa della sfera del punibile".

<sup>97</sup> Cfr. T. PADOVANI, *Jus non scriptum*, cit., p. 8, il quale rappresenta che "[l]a legalità costituisce nel diritto penale il riverbero applicativo del principio di legalità inteso come uno dei tre fondamenti dello stato di diritto, accanto al principio della divisione dei poteri ed al principio di uguaglianza".