

La rima obbligata alla giurisprudenza costituzionale e le sue possibili conseguenze processuali*

Fioravante Rinaldi **
(23 ottobre 2012)

1. Introduzione.

Che l'additiva sia una delle più pescate dal mazzo delle carte raffiguranti le tipologie decisionali della Corte costituzionale in tema di procedura penale è cosa risaputa ed ampiamente investigata nell'ambito dottrinale. Che poi altresì l'additiva stessa possa a volte essere la raffigurazione "poetica" delle "rime obbligate" è altresì aspetto noto alla letteratura costituzionalistica¹, non bisognoso dunque di ulteriore indagine. Quindi, in base a tali considerazioni, potrebbe sembrare pleonastico, se non addirittura inopportuno commentare una decisione della Corte che si muove lungo un binario già noto, meramente confermativa, se non di autocitazione, di un quadro giurisprudenziale assestato. Ma nella sentenza 110 del 2012 vi è qualcosa di più e si sa, è compito del giurista quello di indagare ed analizzare "anatomicamente" anche le decisioni che paiono *prima facie* meramente confermativa per vedere se c'è (invece) qualcosa fra le righe, di – mi si consenta il termine – "subliminale", che merita un'analisi ed un commento. Anzi, paradossalmente, è proprio la conferma di una serie di sentenze precedenti che muove il ragionamento qui effettuato; spesso infatti i casi più interessanti partono da premesse ovvie se non scontate².

In questa nota divideremo in tre parti l'analisi. In primo luogo vedremo la ricostruzione della *quaestio legitimatis*. Secondariamente vedremo il metodo usato dal giudice per "risolvere" la *quaestio*, dimostrando lo stretto legame con precedenti questioni già scrutinate dalla Corte. In terzo luogo – una volta postulata la strategia interpretativa del decidere del giudice costituzionale – analizzeremo, in via ipotetica, le possibili conseguenze processuali che una tale lettura comporterebbe almeno da un punto di vista teorico.

2. La situazione normativa alla base della sent. 110/2012 ed il suo legame giuridico-fattuale con altre ipotesi già scrutinate dalla Corte.

Oggetto del giudizio era l'art. 275, comma 3, del codice di procedura penale³, come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ A dimostrazione di tale affermazione si può segnalare il famoso art. 34, c.p.p. sui casi di incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento, autorevolmente definito come «martoriato», alla luce della molte additive cui è stato sottoposto (cfr. G. CONSO, *Introduzione*, in G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, V ed., Padova, Cedam, 2010, p. 25; nonché F. DELLA CASA – G.P. VOENA, *Soggetti*, *ivi*, p. 45).

² Mi piace al riguardo richiamare la frase che Arthur Conan Doyle mette in bocca a Sherlock Holmes nel caso intitolato *La Lega dei capelli rossi*, ove il celebre investigatore, naturalmente parlando di delitti, afferma: «comuni, banali, quelli sì che ti lasciano perplesso, proprio come una faccia qualunque è sempre più difficile da identificare».

³ Ad alimentare l'interesse scientifico a questa sentenza è il fatto che questo articolo del codice di procedura penale è già stato sottoposto a giudizio della Corte relativamente ad altri reati in esso contemplati (si allude qui alla sent. 265/2010 che riguardava la custodia cautelare rispetto alle ipotesi contemplate negli artt. 600-bis, c. 1, 609-bis, escluso il caso del c. 3, e 609-quater, c.p.; su cui si può vedere: E. MARZADURI, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *Legisl. pen.*, 2010, p. 499 ss.) e che quindi vi è una *ratio legis* in comune su cui si muove la ragionevolezza delle conclusioni della Corte alla luce della giurisprudenza costituzionale.

in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, del quale il giudice *a quo* additava l'incostituzionalità – alla luce di diversi parametri costituzionali, quali l'art. 3, 13, c. 1 e 27, c. 2 – nella parte in cui non faceva salva altresì l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risultava che le esigenze cautelari potessero essere soddisfatte con altre misure di carattere cautelare contemplate nel libro IV del codice di rito ed, *in species*, gli articoli 281-285.

In parole povere, la discrezionalità del giudice nel vagliare le differenti ipotesi di misura cautelare viene sacrificata in virtù di una presunzione *iuris et de iure*, imposta dal legislatore, che vuole, come unicamente possibile (ove la presunzione *iuris tantum* afferente all'esigenza di misure cautelari non risulti vinta), la custodia cautelare, similmente ad altre ipotesi criminose a suo tempo inserite nell'art. 275, c. 3, c.p.p. Si verrebbe così a spogliare il magistrato procedente del vaglio di adeguatezza nella *deminutio libertatis* della misura coercitiva alla specificità del caso concreto⁴, nonché del contestuale potere di sostituzione *ex art. 299, c.p.p. (arg. a contrario)*. Prevedendo una sorta di riserva “assoluta” e di “assorbimento” alla competenza del legislatore nella scelta si veniva infatti a negare l'ampio ventaglio di tipologie di misure coercitive – e cioè di progressività afflittiva – *ex art. 281 ss., c.p.p.*, che permette al giudice di “adeguare” la misura alla fattispecie, violando alcuni principi emersi senz'altro nella giurisprudenza costituzionale: criterio del “minore sacrificio necessario” (sent. 295/2005), principio della “pluralità graduata”, criterio dei meccanismi “individualizzanti”.

Da notare che in questo caso è il gip a vagliare la scelta⁵ – mentre nella sent. 331/2011 fu il Tribunale del riesame, logicamente su azione dell'imputato – *ex artt. 273 e 274 c.p.p.* della misura cautelare al caso concreto, e che quindi si pone l'interrogativo fatidico della legittimità di una tale previsione. È un interrogativo questo – come abbiamo avuto modo di vedere – che non nasce *ex abrupto*, ma che la giurisprudenza costituzionale (cfr. sent. 265/2010⁶, 164/2011, 331/2011)⁷ aveva aleggiato e “messo nell'aria”, appurata l'identità di

⁴ Si sa come nell'ermeneutica giuridica siano tendenzialmente apprezzate quelle scelte legislative che permettono – dopo aver tracciato la ragionevolezza nell'astrattezza delle disposizioni normative – all'interprete (giudice, funzionari, ecc ...) di poter, interpretando, adattare la disposizione normative alla peculiarità del caso concreto (cioè creando una norma “ragionevole” al caso specifico). Si tratta di uno spazio ermeneutico di codeterminazione fra legislatore e giudice, in alcuni casi – come quello qui analizzato – costituzionalmente imposto, in cui emerge – aristotelianamente – la *mesotes*, cioè la giustezza del comportamento nel caso particolare. In ciò, con un'elegante metafora, il ruolo del legislatore e di Zeus si restringe e si allarga quello del giudice e di Ercole, in una ipotetica piramide rovesciata, se è vero che il giudice – come diceva Ronald Dworkin – è come Ercole, in grado di trovare la *right answer* del caso concreto (cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p. 81 ss.).

⁵ Il giudice *a quo*, infatti, ritiene giustamente estensibili alla fattispecie sottoposta a giudizio della Corte le ragioni che avevano indotto il giudice delle leggi a dichiarare la disposizione/norma censurata in relazione ad alcuni delitti a sfondo sessuale (sent. 265/2010), al delitto di omicidio (sent. 164/2011) e al delitto previsto dall'art. 74, d.p.r. 309/1990 (sent. 231/2011).

⁶ Quale seguito di tale sentenza, la Corte di cassazione ha stabilito – in caso di violenza di gruppo anche su minore – come sia possibile considerare misure alternative alla custodia in carcere (cfr. *Corte di cassazione*, sez. III pen., sent. 20 gennaio – 1° febbraio 2011, n. 4377; su cui si possono vedere le riflessioni di M. CHIAVARIO, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in *Rivista Aic*, 2012, n. 2).

⁷ È noto infatti come le decisioni della Corte costituzionale avessero censurato questo tipo di disposizioni-norme nella parte in cui non prevedevano misure alternative al carcere nelle sentt. 265/2010, 164/2011 e 331/2011. Invero la deroga riservata a poche fattispecie criminose (procedimento per delitti di mafia in senso stretto) contenute nell'art. 5, l. 335/1995, aveva invece superato il vaglio di costituzionalità del giudice delle leggi (ord. 450/1995) e della Corte Edu (sent. 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*). In tale occasione la ragionevolezza della presunzione assoluta era sostenibile perché, nelle parole della Corte costituzionale, misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione. Ad onta di ciò il legislatore successivo era intervenuto ancora in materia con aggiustamenti tutt'altro che ortopedici; egli – infatti – aveva incrementato le fattispecie penali (cfr. art. 2, c. 1, lett. a) e a) *bis*, d.l. 11/2009, conv. in l. 38/2009, relativamente ai reati di prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con minorenni; rispettivamente: artt. 600-*bis*, c. 1; art. 609-*bis*; art. 609-*quater*)

situazione normativa al caso *de quo*, in precedenti contesti sui quali il giudicato dei giudici di Palazzo della Consulta ha già avuto senz'altro modo di spiegarsi in tempi recenti (reati attinenti alla prostituzione minorile, alla violenza sessuale, agli atti sessuali con minori⁸). Su tutto delle strane coincidenze che suonano da indizi gravi precisi e concordanti per le deduzioni che trarremo: identità di situazione normativa (nonché di *rationes legis*), identità di parametri costituzionali additati; l'uso della parte della Corte nella motivazione, richiamando i precedenti, della frase «*ha già dichiarato*». Ma mettiamo questi indizi in ordine sistematico per trarne delle conclusioni.

3. *Postulato: il precedente della Corte come "tertium comparationis" ...*

La Corte nel giudicare il presente caso fa un lavoro analogo a quello di molte corti di *common law* e, in particolare, della Corte suprema americana⁹. Essa infatti snocciola una serie di precedenti dai quali vuole far evidenziare la similitudine rispetto al caso in questione e dimostrando quindi che non vi sono motivi per operare un *distinguishing* rispetto ad essi nel *dictum*. In effetti i precedenti citati dalla Corte (sentt. 265/2010, 164/2011, 231/2011 e 331/2011) rappresentano altrettanti casi in cui si operava una scelta legislativa (*ratio legis*) di presunzione assoluta di utilizzo della carcerazione in luogo delle altre misure cautelari, alla luce del tipo di reato. Nell'argomentare la fondatezza della *quaestio pòstale*, la Corte parte dalla presunzione assoluta che la legge disegna (*ratio legis*). Dopodiché, il giudice delle leggi comincia a richiamare le altre disposizioni normative "simili" (se non identiche, alla luce della *ratio legis*) a quella sottopostale. È eloquente dal punto di vista linguistico – all'inizio del punto 3.1 del *considerato in diritto* – il fatto che la Corte ricordi come con la sent. 265/2010 e 331/2011 essa avesse «*già dichiarato*» (corsivo mio) illegittima la norma del c.p.p. *nella parte in cui* configurava una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura carceraria per taluni reati.

È come dire: identica *ratio legis*, disposizioni-norme (o meglio di situazioni normative) a confronto non meritevoli di differenziazione; *ergo*: identica *ratio decidendi*¹⁰ o, se si preferisce, identica rima. Il metodo di valutazione dei precedenti rispetto ai nuovi casi si accosta a quello che la Corte usa fra disposizioni-norme nel sindacato di ragionevolezza; solo che qui il metro di ponderazione pare essere la giurisprudenza costituzionale pregressa, dimostrando la funzione strutturante della stessa sul lavoro del legislatore¹¹,

subendo la censura della Corte costituzionale in un *continuum* di sentenze che assumono una funzione strutturante decisiva per il caso qui analizzato: sent. 265/2010 e poi, relativamente all'ipotesi del 575 c.p., sent. 164/2011 (dove la Corte sottolinea l'identità di ipotesi rispetto al precedente del 2010, p. 5 *cons. in dir.* e, similmente, fa in questa sentenza rispetto alla sent. 265/2010; p. 5 *cons. in dir.*). Inoltre si può citare la sent. 331/2011 che aveva in modo identico (ai precedenti) dichiarato incostituzionale l'art. 12, c. 4-*bis*, d. lgs. 286/1998.

⁸ Va sottolineato come una tale distinzione rispetto agli altri reati è presente anche in altre parti del codice di rito, visto che per i reati degli artt. 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies*, non c'è il gratuito patrocinio come invece per chi ha una soglia di reddito Irpef inferiore a 10.628,16 euro, cifra aggiornata ogni due anni.

⁹ Si veda nel *term* 2011 della Corte suprema almeno: *Javier Cavazos, Acting Warden v. Shirley Ree Smith* [alla luce del precedente *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979)]; *Marcus Hardy, Warden v. Irving L. Cross* [alla luce di *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980)]; invece per un caso di *distinguishing*: *David Bobby, Warden v. Archie Dixon* [rispetto a *Missouri v. Seibert*, 542 U.S. 600 (2004)].

¹⁰ Il presente ragionamento era stato invero già discusso in termini problematici in altre sedi di riflessione scientifica; cfr. F. RINALDI, *L'incoerenza del legislatore si ferma sul muro della Corte. La sent. 326/2010 in tema di comunità montane*, in www.forumcostituzionale.it, p. 6, nt. 17.

¹¹ Sulla funzione strutturante della giurisprudenza, capace di legarsi alla disposizioni/norme, divenendo com'esse vincolanti per il giudice cfr. F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 329 ss. In ciò è sicuramente evidente un approccio antiformalista delle fonti del diritto che affianca – à la Geny – oltre alle fonti formali anche la giurisprudenza (se non, nell'ottica dell'autore citato, la dottrina e la natura delle cose).

oltre che vincolo di precedente per il giudice costituzionale stesso. È infatti, in questo caso, la lunga scia di precedenti che il giudice delle leggi richiama a rendere obbligata (come una rima) la soluzione. Esso pare dirci: con questi dati, questa è l'unica soluzione possibile: annullamento nella parte in cui ... come negli altri (identici) precedenti. Enfaticamente si potrebbe dire: l'equazione può, quindi, dare solo questo risultato¹².

4. ... e le conseguenze processuali di un tale approccio "metodico".

Naturalmente tale ragionamento – che fa leva sull'identità di situazioni normative – comporta che un *legal reasoning* svolto in una sentenza sia condizionante, come un "modello" (o, alla greca, *tùpos*, cioè stampo), in identici casi futuri. Conseguenzialmente si potrebbe ragionare di una lettura diversa anche dell'istituto processuale dell'intervento¹³. In sé l'accostamento è molto delicato e sicuramente contestabile, ma – pur con le riserve ed i legittimi dubbi che si possono sollevare – conviene percorrere questo ragionamento ulteriormente, almeno in chiave problematica e dubbiosa, se non altro poiché è lo stesso argomentare della Corte che ne ha aperto la porta.

Infatti, se una controversia, cui una "parte" non è interessata direttamente, può portare ad uno «specifico ragionamento giuridico» che la Corte è chiamata a svolgere e che potrebbe ripresentarsi in un successivo giudizio, si può pensare (in virtù, anche magari, di un "coinvolgimento") di ammettere un allargamento delle ipotesi di intervento a tali soggetti (visto l'interesse giuridico connesso)? E tutto ciò se non altro poiché la decisione presa avrebbe poi una funzione strutturante sul caso futuro? L'ipotesi invero è foriera di un rischio cui la dottrina e la giurisprudenza si sono dimostrate sensibili, e cioè l'allargamento non facilmente definibile *a priori* e, quindi, consequenzialmente non controllabile *a posteriori* dei soggetti intervenienti, anche perché il giudizio della Corte ha ad oggetto disposizioni/norme (di regola astratte e generali) e non fatti, tale per cui nel processo costituzionale la platea di destinatari è potenzialmente ampia. Infatti la giurisprudenza costituzionale, come si sa, è tendenzialmente cauta verso l'allargamento a parti che non siano quelle del processo principale.

Certo però il nostro argomentare non è sconosciuto nel diritto, risultando infatti presente, a livello internazionale, nel processo di fronte alla Corte internazionale di giustizia. In effetti, in tema di spazi marittimi la Corte ha avuto modo di ampliare l'intervento dei soggetti che rientrano nell'ipotesi dell'art. 62 dello Statuto della Corte. Infatti l'art. 62 prevede l'intervento di chi vanta interesse giuridico connesso¹⁴ a quello della controversia in questione e ciò, precipuamente, in virtù del *legal reasoning* che può uscire da tale pronuncia. Che l'organo internazionale abbia di fronte a sé una platea di destinatari (*in species* gli Stati firmatari degli accordi che le vengono sottoposti) notevolmente più

¹² L'idea di un ragionamento "matematico" (seppur "*inter partes*", cioè limitato al caso analizzato nella nota a sentenza) è stata invero discussa in altra occasione, con connotati diversi da quella qui studiata, relativa all'aggravante di clandestinità (cfr. F. RINALDI, *Con il "discriminante" (dell'aggravante di clandestinità) l'"equazione" (di costituzionalità) risulta impossibile. Un dispositivo retto da una motivazione "matematica"*, in www.forumcostituzionale.it).

¹³ La Corte usa la prima parte del ragionamento da noi sottolineato, ma non si occupa delle conseguenze processuali di un tale approccio. Anzi essa ha manifestato (*rectius*: confermato) recentemente un atteggiamento di netta chiusura anche all'intervento di una parte necessaria del processo *a quo* (cfr. sul caso del pubblico ministero la sent. 262/2009, dove non è stata accolta la richiesta di costituzione, argomentativamente sostenuta nella *Memoria* a firma dell'avv. prof. Alessandro Pace, il quale evidenziava il sostanziale superamento della vecchia giurisprudenza costituzionale in materia; cfr. *Memoria di costituzione nel giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 1, cc. 1 e 7, legge 124/2008, passim*, rinvenibile in www.unife.it/amicuscuariae; *contra* la Memoria illustrativa sulla pretesa legittimazione dell'ufficio del pm a costituirsi nel giudizio di legittimità costituzionale, a firma degli avv. N. Ghedini e P. Longo, p. 2 e ss. spec.).

¹⁴ Cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2011, p. 505 in game a p. 517.

ridotta di quelli di una legge nazionale è cosa assodata, ma certo ciò non deve significare chiudere le porte in modo netto almeno ad una riflessione dottrinale *de iure condendo*¹⁵.

** Cultore di Diritto pubblico comparato nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Padova.

Forum di Quaderni Costituzionali

¹⁵ La richiesta dottrinale di allargamento del contraddittorio è stata argomentata in modo più ricco e ampio di quanto questa nota a sentenza non abbia fatto. Vanno rilevati in special modo, quale letteratura di sintesi, i rilievi di L. D'ANDREA, *L'intervento dei terzi interessati e la tutela di interessi pubblici collettivi e diffusi nel giudizio incidentale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 1998; M. D'AMICO, *Le parti del processo a quo costituite e non costituite*, ivi; L. D'ANDREA, *Verso una "democratizzazione" del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 552 ss.; nonché gli altri contributi indicati in A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 205, nt. 92.