

***Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale\****

di **Dario Martire**- Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

**ABSTRACT:** The essay analyses the Constitutional Court's ruling n. 113 of 2020, concerning the issue of constitutionality, raised by the Court of Cassation, of the provision of the penitentiary system on the time limit for lodging a complaint against the decision of the Supervisory Magistrate on the issue of a premium permit (equal to 24 hours); the paper describes, in particular, the change in jurisprudence regarding the limits of the Constitutional Judge's trade union, according to what has always been affirmed with the well-known theory of "rime obbligate", and illustrates the new coordinates within which the Constitutional Court seems to move, justified by the inertia of the legislator and the need to remove or avoid situations of greater unconstitutionality, with a view, therefore, to the protection of fundamental rights, which do not tolerate further compromises.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Il caso all'esame della Corte costituzionale. Il precedente monito contenuto nella sentenza n. 235 del 1996. – 3. Corte costituzionale e discrezionalità legislativa: rime obbligate e soluzioni costituzionalmente adeguate. – 4. Il fine giustifica i mezzi?

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

## 1. Premessa

La sentenza n. 113 del 2020 rappresenta l'ultima conferma della svolta giurisprudenziale inaugurata dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 236 del 2016, ove, per la prima volta, i giudici della Consulta, abbandonando la teoria delle c.d. rime obbligate<sup>1</sup>, hanno affermato che «per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo, finendo per esercitare un inammissibile potere di scelta in materia sanzionatoria penale, la valutazione di questa Corte deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sulle sentenze manipolative e sulle c.d. rime obbligate cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, 1707 ss., L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, 562 ss. e ID., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 299 ss., A. GUARINO, *Le sentenze costituzionali "manipolative"*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1979, 353 ss., G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss., G. BRANCA, *L'illegittimità parziale nelle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV. *La giustizia costituzionale*, G. MARANINI (a cura di), Firenze, 1966, 57 ss., C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, 153 ss., F. MODUGNO - P. CARNEVALE, *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta addizione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, I, 519 ss., C. LAVAGNA, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, 1970, II, 1131 ss., A. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967; v. anche il recente lavoro di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, spec. 101 ss.; per quanto riguarda il problema della qualificazione delle sentenze manipolative come fonti del diritto cfr. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 233 ss.. Sull'analogia come applicazione di un'opera interpretativa a rime obbligate cfr. F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, 1921, 231 ss.

<sup>2</sup> V. il punto 4.4. del Considerato in diritto; sulla sentenza n. 236 del 2016 cfr. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Penale contemporaneo*, 2/2017, R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Penale contemporaneo*, 2/2019, P. CERVO, *Il valore costituzionale della pena*, in *La giustizia penale*, 2/2019, II, 109 ss., E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Diritto penale e processo*, 4/2017, 473 ss., M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista Aic*, 4/2016, M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. it.*, 6/2017, 1431 ss., E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1956 ss., A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *www.gruppodipisa.it*, 3/2019, S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e 'quantum' della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista Aic*, 4/2017, A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 1/2020, 19 ss., V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6/2016, 2105 ss., F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Dir. e soc.*, 4/2019, 791 ss., G. REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale. Profili processuali*, in *Dir. e soc.*, 4/2019, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista Aic*, 2/2019, A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista Aic*, 4/2019.

La possibilità di utilizzare coerentemente «grandezze già rinvenibili nell'ordinamento»<sup>3</sup> che non siano desumibili in via automatica dalla Costituzione, è stata di volta in volta sostenuta dalla Corte costituzionale in questi ultimi anni per giustificare alcuni interventi estremamente manipolativi<sup>4</sup>, in relazione, peraltro, a normative per le quali, nel passato, più o meno recente, la stessa Corte aveva dichiarato l'inammissibilità delle varie questioni di legittimità costituzionale sollevate, proprio perché non era stato possibile rintracciare nell'ordinamento una soluzione costituzionalmente obbligata. Una netta inversione di rotta rispetto alla sua precedente giurisprudenza, giustificata, in continuità con gli argomenti utilizzati nelle prime sentenze manipolative, dalle inerzie del legislatore e dalla necessità di rimuovere od evitare situazioni di maggiore incostituzionalità<sup>5</sup>.

La Corte costituzionale, come vedremo, ha così inaugurato una nuova giurisprudenza finalizzata all'annullamento di una serie di norme incostituzionali, percorrendo la via di volta in volta indicata dai giudici *a quibus* nelle loro ordinanze e motivando il proprio intervento mediante il richiamo ai

<sup>3</sup> V. ancora il punto 4.4. ed il punto 5. del Considerato in diritto. Cfr. anche le precedenti sentenze nn. 148 del 2016 e 22 del 2007. Come è noto, l'elaborazione della teoria delle c.d. rime obbligate si deve a Vezio Crisafulli, il quale, prendendo spunto dalla tesi di Ferrara sull'analogia, ha applicato la dinamica legge-analogia ai rapporti tra principi costituzionali e legge, in relazione alle decisioni c.d. manipolative, affermando che «se di creazione di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione a *rime obbligate*. La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore»; v. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 1707, F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., 231 ss.

<sup>4</sup> Sull'abbandono della teoria delle c.d. rime obbligate cfr., nella recente giurisprudenza costituzionale, le sentt. nn. 156/2020, 152/2020, 242/2019, 99/2019, 40/2019, 233/2018, 222/2018, 236/2016, nonché le ordd. nn. 132/2020 e 207/2018. In dottrina v. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, 1 ss., M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 644 ss., S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio Aic*, 2/2020, 288 ss., A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2019, 3 ss., C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale*, 2019, n. 12, 55 ss., A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 791, D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", benché non "obbligate". Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2/2019, 696 ss., A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 264 ss., A. SPADARO, *I limiti 'strutturali' del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207 del 2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 533 ss., M.E. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 1 ss.

<sup>5</sup> Cfr. L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 306 ss., F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, cit., 527 ss., 565, nota 62. Vedremo come tale argomento sarà decisivo, per motivi diversi, anche nella sentenza in esame.

moniti rivolti al legislatore (contenuti in decisioni precedenti) ed alla sussistenza, nei vari casi di specie, di «diritti fondamentali, che non tollerano ulteriori compromissioni»<sup>6</sup>.

## **2. Il caso all'esame della Corte costituzionale. Il precedente monito contenuto nella sentenza n. 235 del 1996**

Nel caso in esame la questione di legittimità costituzionale è stata posta dalla Corte di cassazione (sezione prima penale) con riferimento all'art. 30-bis, comma 3, in combinato disposto con il successivo art. 30-ter, comma 7, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui stabiliva che il termine per proporre reclamo avverso il provvedimento del Magistrato di sorveglianza in tema di permesso premio è pari a 24 ore<sup>7</sup>.

La questione era in realtà già stata sollevata anni addietro e la Corte, pur rilevando l'irragionevolezza della previsione di un identico termine (peraltro eccessivamente breve) per il reclamo in materia di permessi di necessità e di permessi premio, in virtù del riconoscimento a quest'ultimo di un ruolo essenziale per la realizzazione della funzione rieducativa della pena, aveva concluso per la sua inammissibilità poiché «i *tertia comparationis* additati dal giudice *a quo* risulta(va)no così disomogenei da non consentire alcuna possibilità di adattamento all'istituto in esame»<sup>8</sup> e «dunque, non è consentito rintracciare nell'ordinamento una conclusione

---

<sup>6</sup> Cfr. punto 4.3. del Considerato in diritto della sentenza n. 40 del 2019.

<sup>7</sup> Il Tribunale di sorveglianza di Bologna aveva dichiarato inammissibile il reclamo presentato da un detenuto avverso il provvedimento con cui il Magistrato di sorveglianza aveva rigettato la sua richiesta di permesso premio di un giorno. Il Tribunale aveva infatti rilevato la tardività del reclamo, in quanto proposto oltre le ventiquattro ore, termine stabilito dall'art. 30, comma 3. Il provvedimento di rigetto, infatti, era stato comunicato il 13 novembre 2018 alle ore 8,16 e il reclamo depositato il giorno successivo alle ore 8,44. Avverso l'ordinanza del Tribunale aveva proposto ricorso il difensore che, tra i vari motivi, aveva articolato una questione di legittimità costituzionale, per violazione del solo art. 111 cost., dell'art. 30-bis, comma terzo, nella parte in cui individuava quale termine per la presentazione del reclamo avverso i provvedimenti in materia di permessi quello di ventiquattro ore, termine ritenuto eccessivamente breve per predisporre la propria difesa.

<sup>8</sup> Cfr. punto 6. del Considerato in diritto della sentenza n. 235 del 1996. La Corte aveva escluso la possibilità di riferirsi al termine di dieci giorni previsto dall'art. 14-ter per il reclamo avverso il provvedimento che dispone o proroga il regime di sorveglianza particolare, richiamato per i reclami avverso il decreto che esclude dal computo della pena detentiva il tempo trascorso dal detenuto o dall'internato in permesso o in licenza in caso di mancato rientro o di gravi comportamenti da cui risulta che il soggetto non si è dimostrato meritevole del beneficio, in quanto istituto diverso ed avente finalità non assimilabili a quelle perseguite dai provvedimenti riguardanti la concessione o il diniego dei permessi premio. In secondo

costituzionalmente obbligata che permetta a questa Corte di porre rimedio alla brevità del termine per proporre reclamo avverso il decreto del Magistrato di sorveglianza in materia di permessi premio rideterminandolo essa stessa», aggiungendo inoltre che «sarà compito del legislatore provvedere, quanto più rapidamente, alla fissazione di un nuovo termine che contemperì la tutela del diritto di difesa con le esigenze di speditezza della procedura»<sup>9</sup>.

Nella decisione la Corte aveva avuto modo di richiamare la sua precedente sentenza (la n. 118 del 1990) ove aveva affermato che i permessi premio - da considerare parte integrante del trattamento - costituiscono «incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria, appunto in funzione del premio previsto, in assenza di particolare pericolosità sociale quale conseguenza di regolare condotta, tanto da venir considerato esso stesso strumento di rieducazione in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società, così da potersene trarre elementi utili per l'eventuale concessione di misure alternative alla detenzione»<sup>10</sup>. Tale caratteristica lo inseriva, pertanto, in una categoria distinta da quella propria del permesso c.d. di necessità, istituto non collegato alla esecuzione della pena e per il quale la brevità del termine entro cui impugnare il provvedimento del magistrato di sorveglianza risultava giustificato. Peraltro, anche prescindendo dalla assimilazione dei due termini, la disciplina prevista per l'impugnazione del provvedimento avente ad oggetto il diniego della richiesta di permesso premio non poteva ad avviso della Corte risultare ragionevole e coerente, trattandosi di una normativa avente potenzialmente conseguenze dirette anche ai fini dell'applicazione delle misure alternative alla detenzione. Gli appunti della Corte costituzionale alla normativa impugnata si concentravano sulla violazione dell'art. 3 della Costituzione, per la illegittima equiparazione di situazioni profondamente diverse, mentre i riferimenti alla violazione dell'art. 27 Cost., in relazione al principio rieducativo della pena, rimanevano sullo sfondo.

Nell'ordinanza di rimessione in analisi la Corte di cassazione ha tuttavia aggiunto ulteriori elementi, finalizzati ad evidenziare l'incompatibilità della disciplina impugnata con gli artt. 24 e 111

---

luogo aveva disatteso l'altra tesi suggerita dal giudice a quo, relativa termine concernente l'impugnazione dei provvedimenti del giudice, secondo la regolamentazione apprestata dal codice di procedura penale; termine anch'esso non riferibile, in alcun modo, all'istituto in esame.

<sup>9</sup> Cfr. punto 7. del Considerato in diritto. La Corte aveva inoltre indicato al ricorrente una procedura alternativa, già prevista dal codice di procedura penale, in grado di evitare le conseguenze della norma impugnata, rinvenibile nel meccanismo sancito dall'art. 175, primo comma, c.p.p., procedimento per la restituzione nel termine, attivabile dalle parti nelle ipotesi di caso fortuito o forza maggiore.

<sup>10</sup> Cfr. il punto 2. del Considerato in diritto della sentenza n. 188 del 1990.

Cost.; peraltro, la violazione dell'art. 27 Cost., e specificamente del principio rieducativo della pena, in quanto ostacolo all'effettivo controllo sul provvedimento adottato dal Magistrato di sorveglianza relativo ad «uno strumento cruciale ai fini del trattamento, momento iniziale della progressività premiale in esplicazione di una importante funzione “pedagogico-propulsiva” che dà modo di saggiare, quale primo esperimento, “la risocializzazione in ambito extramurario”», ha assunto maggiore e differente rilievo<sup>11</sup>.

Ad avviso del giudice *a quo* il reclamo avverso i provvedimenti in materia di permessi premio ha acquisito la natura di mezzo di impugnazione, con la conseguenza che la mancata precisazione di specifici motivi è prevista ora a pena di inammissibilità. La piena giurisdizionalizzazione dell'istituto, dovuta alla sentenza n. 53 del 1993 della Corte costituzionale, ha imposto tanto il superamento della concezione “amministrativa” del reclamo quanto della qualificazione dello stesso come attinente all'esecuzione<sup>12</sup>.

A riprova di ciò, mentre sotto la vigenza del precedente codice di rito, proprio in virtù del sistema di impugnazioni allora previsto<sup>13</sup>, il destinatario del provvedimento da impugnare risultava inciso in misura meno rilevante dalla disposizione in esame, il vigente codice di rito non solo ha eliminato la distinzione tra dichiarazione e motivi, imponendo, a pena di inammissibilità, che entro l'unico termine di 24 ore debbano essere proposti entrambi, ma, in forza della recente modifica operata dalla legge n. 103 del 2017, ha aggravato gli oneri di specificità, che ora riguardano sia i motivi, sia le richieste, anche istruttorie, le indicazioni delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione, l'indicazione dei capi o punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione (ai sensi dell'art. 581 c.p.p.).

Differentemente da quanto affermato in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità<sup>14</sup>, la questione di legittimità costituzionale, nella prospettiva del giudice *a quo*, risulta pertanto non

---

<sup>11</sup> Cfr. le sentt. della Corte costituzionale, nn. 188 del 1990 e 227 del 1995.

<sup>12</sup> Come è noto, le domande relative all'esecuzione non hanno natura di impugnazione.

<sup>13</sup> In precedenza l'impugnazione, ai sensi dell'art. 197, si proponeva con dichiarazione, nella quale dovevano essere inseriti solo il provvedimento impugnato, la data del medesimo, il giudice che lo aveva emesso e il procedimento al quale si riferiva. Inoltre i termini di impugnazione, posti a pena di decadenza, erano calibrati sulla dichiarazione di impugnazione (art. 199), mentre i motivi di impugnazione dovevano essere presentati per iscritto, a pena di decadenza, in un termine diverso e più ampio (venti giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento - art. 201).

<sup>14</sup> La questione di legittimità costituzionale così come prospettata dalla Corte di cassazione era stata, sino ad oggi, disattesa in forza dell'assunto che il «Tribunale adito deve comunque decidere, atteso il carattere giurisdizionale della

manifestamente infondata anche in relazione all'art. 24, poiché la disciplina impugnata compromette le concrete ed effettive possibilità di difesa, e all'art. 111 Cost., per «eccentricità rispetto al modello di giusto processo costituzionale, che impone tra l'altro condizioni di parità tra le parti di fronte al giudice»<sup>15</sup>.

Il giudice *a quo*, inoltre, al fine di evitare la sanzione dell'inammissibilità, ha quindi individuato il preciso punto di riferimento idoneo ad evitare un vuoto di previsione colmabile solo mediante esercizio di discrezionalità legislativa, secondo quanto delineato nelle recenti sentenze della Corte costituzionale: per consentire ai giudici della Consulta di porre rimedio al *deficit* di tutela la Corte di cassazione ha indicato infatti l'art. 35-*bis*, introdotto dal decreto legge n. 146 del 2013 (convertito con modifiche dalla legge n. 10 del 2014), mediante cui si è proceduto alla piena giurisdizionalizzazione del reclamo avverso gli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti soggettivi, con la previsione di un termine di quindici giorni per la proposizione del reclamo avverso le decisioni del Magistrato di sorveglianza<sup>16</sup>; riferimento che sarà utilizzato dalla Corte per sostituire la disciplina incostituzionale.

### **3. Corte costituzionale e discrezionalità legislativa: rime obbligate e soluzioni costituzionalmente adeguate**

Come anticipato all'inizio di queste brevi considerazioni, la sentenza oggi in commento si inserisce nell'ambito di una giurisprudenza costituzionale che, in materia inerente alla libertà personale, sembra accantonare la teoria delle rime obbligate. Una stabilità giurisprudenziale che, forse, è stata riconosciuta anche dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, che ha ritenuto di non

---

procedura, nelle forme dell'udienza camerale nel cui ambito nulla impedisce il dispiegarsi di una difesa personale ovvero affidata ad un difensore di fiducia» e che, siccome il procedimento «è regolato, per la particolarità della materia stessa, in modo da assicurare la massima speditezza con comunicazioni senza formalità e scadenze temporali ristrette», allora un termine di reclamo così ristretto è giustificabile, anche alla luce della considerazione che «il carattere giurisdizionale della procedura non impone di per sé la pienezza del contraddittorio, conoscendo il sistema provvedimenti giurisdizionali emessi de plano». Cfr. il punto 6.4. del Considerato in diritto dell'ordinanza di rimessione.

<sup>15</sup> Cfr. il punto 6.5. del Considerato in diritto dell'ordinanza di rimessione.

<sup>16</sup> Cfr. S. TALINI, *Il "diritto all'effettività dei diritti": quali forme di tutela per le persone private della libertà?*, in *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), Napoli, 2017, ora in ID., *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, II, M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), Napoli, 2019, S. ROMICE, *L'effettività della tutela preventiva dei diritti dei detenuti e degli internati. A proposito del reclamo giurisdizionale ex art. 35-bis o.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 aprile 2016.

intervenire in giudizio per difendere la disposizione impugnata, chiedendo una sentenza di inammissibilità per mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata (considerato il precedente monito che, sul piano sostanziale, non lasciava dubbi in ordine alla incostituzionalità della normativa).

Nella sentenza n. 222 del 2018, richiamata espressamente dall'ordinanza di rimessione, la Corte costituzionale ha infatti affermato testualmente: «essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” (...) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, *ancorché non costituzionalmente obbligate*” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia». Tutto ciò in vista di una «tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima»<sup>17</sup>.

Ancor più nettamente nella sentenza n. 40 del 2019: «alla luce di tali principi, le questioni prospettate dalla Corte d'appello di Trieste superano il vaglio di ammissibilità, avendo individuato nell'ordinamento quale soluzione *costituzionalmente adeguata, benché non obbligata*,

---

<sup>17</sup> Cfr. il punto 8.1. del Considerato in diritto. A commento della decisione v. E. APRILE, *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta “inaugura” un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penale accessorie*, in *Cass. pen.*, 3/2019, 1004 ss., F. BARBERO, *Determinazione delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta: l'intervento della Consulta e delle Sezioni Unite*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 7-8/2019, R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, cit. e ID., *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 6/2018, 2566 ss., P. CERVO, *Il valore costituzionale della pena*, cit., A. CREMONE, *Sanzioni accessorie ai reati fallimentari: ragionevolezza delle leggi e sindacato costituzionale in campo economico*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 2/2020, A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 dicembre 2018, A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, cit., P. INSOLERA, *Oltre le “rime costituzionali obbligate”: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2020, II, 40 ss., S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a “rime possibili”*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 183 ss., F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni*, cit., 791 ss., P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e processo*, 2/2019, 216 ss., M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit.



l'abbassamento del minimo edittale per il fatto previsto dal comma 1 dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 da otto a sei anni»<sup>18</sup>.

Due sentenze quindi sostitutive che, nella loro parte ricostruttiva, si sganciano esplicitamente dall'obbligatorietà della soluzione prospettata ed univocamente desumibile dal dato costituzionale, per stringersi intorno alla nozione di *adeguatezza* della soluzione indicata dai giudici *a quibus*, in quanto non unica ma coerente con i principi costituzionali<sup>19</sup>.

Questo nuovo corso giurisprudenziale attiene evidentemente al rapporto tra il potere di sindacato della Corte costituzionale ed il limite rappresentato dalla discrezionalità legislativa delle Assemblee rappresentative<sup>20</sup>; in secondo luogo e di conseguenza incide inevitabilmente sull'assetto del giudizio incidentale<sup>21</sup>. In relazione a tale ultimo profilo, ancor prima delle due sentenze citate meritano un particolare cenno le due ordinanze nn. 207 del 2018 e 132 del 2020, le quali costituiscono un chiaro esempio del superamento, da parte della Corte, dei classici confini processuali del suo sindacato, peraltro attraverso l'utilizzo di nuove tecniche decisorie<sup>22</sup>. Un nuovo strumento, quello dell'ordinanza di "incostituzionalità prospettata", che rappresenta l'accoglimento, passando al piano sostanziale, di

---

<sup>18</sup> Cfr. il punto 4.2. del Considerato in diritto. Corsivi nostri. Sulla decisione v. i lavori di R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul 'quantum' di pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, 967 ss., C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Penale contemporaneo*, 18 marzo 2019, N. CANZIAN, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazione del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2019, 994 ss., F. CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2/2019, 1231 ss., F. DEPRETIS, *Verso una nuova tipologia decisoria della Corte costituzionale in materia penale? A margine della sentenza n. 40 del 2019*, in *www.diritticomparati.it*, 2019, G. DODARO, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, 10/2019, 1403 ss., D. MARTIRE, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", benché non "obbligate"*. Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale, cit., 696 ss., V. GIANNELLI, *Dalle rime obbligate al dispositivo "cedevole". Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali*, in *www.federalismi.it*, 15/2020, F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni*, cit., 791 ss., M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità*, cit.

<sup>19</sup> Come è noto la sentenza sostitutiva può essere scissa in una doppia pronuncia: da una parte, una incostituzionalità semplice, nella parte in cui elimina; dall'altra, una vera e propria additiva, nella parte ricostruttiva; per tale ricostruzione cfr. F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, cit., 564, nota 62.

<sup>20</sup> Secondo quanto stabilito dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953, su cui v. A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, 797 ss., F. FELICETTI, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, I, 1986, 22 ss., G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 244 ss.

<sup>21</sup> Su tale profilo v. G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, cit., 1 ss.

<sup>22</sup> Su cui v. M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 644 ss., S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, cit., 288 ss.

quelle impostazioni dottrinali tese a considerare la discrezionalità legislativa un limite “relativo” - e quindi, in vista di fini di più elevato valore, superabile - per il sindacato della Corte costituzionale<sup>23</sup>.

Fermo restando il potere del Parlamento di scegliere quali condotte punire, e con quali sanzioni, in virtù della riserva di legge sancita dall’art. 25 Cost., nell’ipotesi in cui la dichiarazione di illegittimità costituzionale produca effetti *in bonam partem* la più recente giurisprudenza costituzionale risulta infatti orientata al superamento delle relative strettoie dell’inammissibilità, da un lato, e ad allargare lo spazio del suo intervento, dall’altro, in un’ottica sostanzialista di tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti<sup>24</sup>.

Nella relazione della Presidente Marta Cartabia sull’attività del 2019 si legge che, specialmente in materia penale, «è sembrato sempre più inaccettabile che proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni: una nuova sensibilità in questo ambito ha imposto alla Corte di rinvenire nell’ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore. In tali casi (...) la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell’*an*, nel *quando* e nel *quomodo*»<sup>25</sup>.

Una nuova interpretazione dei confini del sindacato costituzionale evidenziato già nella Relazione del Presidente della Corte costituzionale sull’attività del 2018, ove si legge che «è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi

---

<sup>23</sup> M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 650. Sull’ord. n. 132 del 2020 v. i lavori di A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020, in Consulta online, 9 luglio 2020, e di R. PINARDI, La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato, in Forum di Quaderni Costituzionali, 3/2020.*

<sup>24</sup> Secondo G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, cit., 2, «L’elemento di maggiore interesse della fase attuale della giurisprudenza costituzionale in materia di sentenze manipolative, e di quelle additive in particolare, sta nel fatto che essa pare - per così dire - “scartare” rispetto alle oscillazioni del passato per dare ingresso in giurisprudenza a considerazioni sempre più spesso di matrice sostanziale, attinenti cioè con la natura e la qualità degli interessi in gioco nel giudizio, sacrificato non tanto (o non solo) nella specifica vicenda concreta ma anche (e ai fini del sindacato di costituzionalità: soprattutto) da una perdurante inerzia del legislatore».

<sup>25</sup> Così la Relazione della Presidente Marta Cartabia sull’attività svolta nell’anno 2019 dalla Corte costituzionale, reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 8 ss.

alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale (...) lo spazio di azione della Corte diviene così molto più ampio che in passato, giacché 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. Nello stesso tempo la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata, 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»<sup>26</sup>.

Dichiarazioni che sembrano lontane anni luce da quelle contenute in storiche decisioni della Corte costituzionale, come ad esempio la n. 230 del 1987, in tema di indipendenza dei magistrati della Corte dei conti, ove è possibile leggere invece che «la lettura delle disposizioni impugnate (...) dimostra che non è sotto alcun aspetto garantita la indipendenza dei magistrati della Corte dei Conti», ma anche che «data la pluralità delle soluzioni prospettate dai giudizi *a quibus*, il magistero inteso a ricondurre la Corte dei Conti nell'area della Costituzione compete non alla Corte costituzionale, che è giudice delle norme sott'ordinate e non produttore di queste, ma al Parlamento che non ha mancato di dar vita a leggi per le giurisdizioni ordinaria e amministrativa, e vi si dedica anche per la Corte dei Conti da non poco tempo seppure senza attingere concrete mete. *A ciascuno il suo*»<sup>27</sup>.

Espressione finalizzata alla protezione della discrezionalità legislativa, ma che sacrificava inevitabilmente, secondo l'intuizione di Zagrebelsky, il "suo" della Corte costituzionale; sacrificio che equivaleva infatti «a una sorta di denegata giustizia costituzionale che ha, come conseguenza, il mantenimento in vita della legge a onta della sua (possibile o addirittura riconosciuta) incostituzionalità»<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Così la Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018 dalla Corte costituzionale, reperibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 13 ss.; su tali aspetti v. ancora M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 652 e 660, e S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, cit., 304.

<sup>27</sup> Cfr. il punto 13. del Considerato in diritto, corsivi nostri.

<sup>28</sup> G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 400.

In passato la risposta a tale “sacrificio” era rappresentata dalle sentenze additive di principio, finalizzate al superamento delle problematiche illustrate mediante la dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminata seguita tuttavia dalla mera indicazione del principio o dei principi costituzionali che dovevano poi essere osservati dal legislatore e, nelle more del suo intervento, dai giudici comuni<sup>29</sup>.

In estrema sintesi, la giurisprudenza costituzionale era quindi assestata sulle seguenti posizioni: in caso di soluzione normativa c.d. a rime obbligate, la Corte interveniva con la dichiarazione di incostituzionalità e con la individuazione della nuova normativa da applicare; in caso di totale assenza di disciplina normativa, e quindi di richiesta, da parte del giudice *a quo*, di normazione c.d. “pura”, la Corte emanava una sentenza di inammissibilità per discrezionalità del legislatore<sup>30</sup>; infine, in caso di plurime soluzioni normative (e quindi in assenza di rime obbligate), la Corte costituzionale, nel rispetto della discrezionalità legislativa, procedeva con una sentenza additiva di principio.

Quest’ultima soluzione richiedeva tuttavia un pronto intervento del legislatore, poiché, come è stato sostenuto, «il protrarsi dell’inerzia avrebbe generato eccessiva incertezza sulla regola applicabile al caso concreto, di volta in volta rimessa alla determinazione del singolo giudice»<sup>31</sup>.

A causa della costante inerzia del legislatore, come abbiamo visto, la Corte ha progressivamente abbandonato tale tecnica decisoria, certamente più rispettosa della discrezionalità del legislatore, per abbracciare nuove tecniche decisorie, non prive di conseguenze sul piano dei rapporti tra giudice costituzionale e legislatore. Se infatti è vera la premessa, sembra allora che il vero *punctum dolens* sia rappresentato dall’omissione del legislatore e della sua necessaria valutazione politica; precedenza “politica” che continua ad essere riconosciuta dalla Corte costituzionale, la quale, non a caso, interviene solo in seconda battuta, assumendo il ruolo di “supplente” di un legislatore inerte, e, in secondo luogo, lascia la possibilità al legislatore di intervenire anche dopo la sentenza di incostituzionalità.

---

<sup>29</sup> Su cui v. almeno A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3199 ss., G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, e ID., *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It.*, 1998, V, 78 ss.

<sup>30</sup> La sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010, in tema di matrimonio di persone del medesimo sesso, costituisce un chiaro esempio di inammissibilità per non-disciplina. Su tale aspetto v. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 399.

<sup>31</sup> M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 645.

La risposta all'omissione legislativa, per effetto di questa nuova giurisprudenza costituzionale, si è quindi consapevolmente autoqualificata come non condizionata dagli originari vincoli costituzionali<sup>32</sup>, in quanto contraddistinta dalla attenuazione del freno costituito dalla discrezionalità legislativa, in una sorta di conflitto non dichiarato tra Corte costituzionale, che non si adegua al limite normativo sancito dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953, o quantomeno lo interpreta come limite "relativo", e quindi superabile, e legislatore, che non si adegua ai precedenti moniti della Corte costituzionale stessa. Un chiaro esempio di tale posizione della Corte costituzionale è rinvenibile nella successiva sentenza n. 156 del 2020, ove afferma che «astentasi dal compiere siffatto intervento additivo, primariamente spettante alla discrezionalità legislativa, questa Corte ha ammonito il legislatore a farsene carico, "per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui". Il legislatore non ha dato seguito a tale monito, pur essendo recentemente intervenuto sul testo dell'art. 131-bis cod. pen. (...) Ed è proprio la circostanza che il legislatore non abbia sanato l'evidente scostamento della disposizione censurata dai parametri costituzionali che impone oggi a questa Corte di intervenire con il diverso strumento della declaratoria di illegittimità costituzionale», in una logica della doppia pronuncia simile a quella affermata in passato con riferimento alle sentenze interpretative<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Sul ruolo di legislatore negativo della Corte costituzionale v. H. KELSEN, *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 5 ss., 25.

<sup>33</sup> Cfr. il punto 3.5.4. del Considerato in diritto, corsivi nostri. Nella precedente sentenza n. 207 del 2017 la Corte aveva osservato che «se si fa riferimento alla pena minima di quindici giorni di reclusione, prevista per la ricettazione di particolare tenuità, non è difficile immaginare casi concreti in cui rispetto a tale fattispecie potrebbe operare utilmente la causa di non punibilità (impedita dalla comminatoria di sei anni), specie se si considera che, invece, per reati (come, ad esempio, il furto o la truffa) che di tale causa consentono l'applicazione, è prevista la pena minima, non particolarmente lieve, di sei mesi di reclusione. Pena che, secondo la valutazione del legislatore, dovrebbe essere indicativa di fatti di ben maggiore offensività. Per ovviare a una situazione di questo tipo, oltre alla pena massima edittale, al di sopra della quale la causa di non punibilità non possa operare, potrebbe prevedersi anche una pena minima, al di sotto della quale i fatti possano comunque essere considerati di particolare tenuità. *Interventi del genere (come anche altri, sollecitati attraverso questioni di legittimità costituzionale che non hanno potuto trovare accoglimento) esulano, per costante giurisprudenza, dai poteri di questa Corte. Di tali interventi però, una volta che ne sia stata rilevata l'esigenza, non può non farsi carico il legislatore, per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui*». Cfr. il punto 7. del Considerato in diritto, corsivi nostri. Cfr. anche il punto 3.5.3. del Considerato in diritto della sentenza n. 156/2020. Sulla sent. n. 207 del 2017 v. i lavori di G. De Marzo, *Nota a Corte cost., sent. 207/2017*, in *Il Foro it.*, 11/2017, I, 3225 ss., A. GARGANI, *Al vaglio della Consulta l'inapplicabilità della clausola di esclusione della punibilità 'ex' art. 131-bis c.p. alla ricettazione di particolare tenuità*, in *Giur. cost.*, 5/2017, 2107 ss., S. LARIZZA, *La particolare tenuità del fatto al vaglio della Corte costituzionale: prime indicazioni*, in *Diritto penale e processo*, 5/2018, 638 ss., A. NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Penale contemporaneo*, 2017, S. SANTINI, *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità*, in *Penale contemporaneo*, 2017.

Non è un caso, d'altronde, che, ad oggi, le rime obbligate mantengano la loro funzione originaria nel caso di soluzione costituzionalmente necessitata, mentre, al contrario, cedano il passo qualora si tratti di diritti fondamentali ed esista una soluzione "adeguata", ma soprattutto il legislatore sia stato "avvertito" della necessità di intervenire attraverso una precedente pronuncia monitoria e, ciò nonostante, sia rimasto inerte<sup>34</sup>.

Un gioco delle parti che, tuttavia, per quanto giustificabile in vista del fine costituito dalla tutela dei diritti fondamentali, sembra oramai sbilanciato in favore del giudice costituzionale, al quale spetta inevitabilmente l'ultima parola. Ma, come avvertiva Paladin, «chi si limitasse a dire che l'unico rimedio ai possibili abusi del sindacato giurisdizionale sull'eguaglianza delle leggi consiste nella prudenza e nella capacità di automoderarsi, che deve essere propria dei giudici costituzionali, non farebbe che sostituire o sovrapporre all'arbitrio del legislatore ordinario l'arbitrio dei giudici medesimi»<sup>35</sup>. Da qui, l'esigenza, sottolineata sempre da Paladin, di individuare specifici *binari obbligati* per le valutazioni della Corte costituzionale<sup>36</sup>, finalizzati alla limitazione del suo intervento, in vista di un migliore e più armonico rapporto con la discrezionalità delle Assemblee rappresentative.

#### **4. Il fine giustifica i mezzi?**

Il compito di individuare un termine congruo che potesse sostituire quello dichiarato incostituzionale non poteva che spettare, ad avviso della Corte, al legislatore, il quale era stato così invitato, senza risultato, a provvedere. Vi erano quindi tutti i presupposti per una dichiarazione di incostituzionalità e per l'adozione di una sentenza sostitutiva che individuasse il nuovo termine non incostituzionale secondo le indicazioni del giudice *a quo*.

A ventiquattro anni di distanza da quel monito, rimasto appunto inascoltato, la Corte, ribadisce innanzitutto la sua valutazione di contrarietà alle norme costituzionali del termine di 24 ore:

---

<sup>34</sup> Cfr. ancora G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, cit., 4, e M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, cit., 653. V., in particolare, la sent. n. 152/2020, punto 3.6. ss. del Considerato in diritto.

<sup>35</sup> L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 221.

<sup>36</sup> Secondo G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 245, «per quanto l'intento sia apprezzabile e il tentativo opportuno, c'è da dubitare che siano compiutamente realizzabili, come è confermato anche dall'esperienza di pressoché tutti i tribunali costituzionali esistenti per i quali, come per la nostra Corte costituzionale, è viva, costante e mai definitivamente risolta, la polemica sulla latitudine e i confini del sindacato di costituzionalità delle legge».

irragionevole appare in relazione all'art. 3 Cost. la previsione di un unico termine sia per il reclamo avverso il provvedimento relativo ai permessi "di necessità", sia per il reclamo contro la decisione sui permessi premio, rispetto alla quale peraltro le ragioni di urgenza certamente non sussistono; in secondo luogo risulta ingiustificatamente lesivo dell'effettività del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*, non consentendo all'interessato di illustrare gli specifici motivi in fatto e in diritto sui quali il tribunale di sorveglianza dovrebbe poi esercitare il proprio controllo sulla decisione del primo giudice, anche alla luce della concreta ed oggettiva difficoltà di individuare un difensore; lesioni che incidono, indirettamente, anche sulla funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.), qualora ridondino in errori del magistrato di sorveglianza, destinate a divenire definitive per la concreta impossibilità di svolgere il relativo ricorso.

Sul piano "ricostruttivo" della normativa risulta invece determinante l'introduzione, da parte dell'art. 3, comma 1, lettera b), del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146 (Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria), convertito, con modificazioni, nella legge 21 febbraio 2014, n. 10, della disciplina di cui all'art. 35-*bis* ordin. penit. sul reclamo giurisdizionale avverso le decisioni delle autorità penitenziarie che incidono sui diritti del detenuto, che viene a costituire - come indicato espressamente dal giudice *a quo* - un preciso punto di riferimento, già rinvenibile nel sistema legislativo, secondo quanto sancito nella sentenza n. 236 del 2016, idoneo ad eliminare il *vulnus* riscontrato, ancorché non costituente l'unica soluzione costituzionalmente obbligata.

Il comma 4 del suddetto art. 35-*bis* ordin. penit. prevede infatti che, nell'ambito del procedimento atto a disciplinare in via generale il controllo giurisdizionale su tutte le decisioni che incidono sui diritti del detenuto, il termine per il reclamo innanzi al tribunale di sorveglianza sia di quindici giorni, decorrente dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione del magistrato di sorveglianza; termine che peraltro coincide con quello previsto in via generale dall'art. 585 cod. proc. pen. per l'impugnazione dei provvedimenti emessi all'esito della camera di consiglio e che rappresenta, pertanto «una soluzione già esistente nel sistema, che si presta naturalmente a essere estesa al reclamo avverso i provvedimenti del magistrato di sorveglianza concernenti i permessi premio, da presentare parimenti al tribunale di sorveglianza»<sup>37</sup>. Ferma restando, come sempre avviene in queste nuove decisioni della Corte costituzionale, «la possibilità per il legislatore di individuare –

---

<sup>37</sup> Cfr. il punto 3.4. del Considerato in diritto.

nel rispetto dei principi costituzionali sopra richiamati – altro termine, se ritenuto più congruo, per lo specifico reclamo in esame»<sup>38</sup>.

Una conclusione, alla luce dei precedenti recenti, probabilmente prevedibile, che sembra oramai connotare la giurisprudenza della Corte costituzionale, contraddistinta da un diverso rapporto con il legislatore in vista della tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Il fine giustifica i mezzi?

---

<sup>38</sup> Cfr. ancora il punto 3.4. del Considerato in diritto.