

Marco Ruotolo

La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*

SOMMARIO: 1. Premessa. Interpretazione conforme vs. disapplicazione della legge - 2. Interpretazione conforme e principio della presunzione di “massima espansione delle libertà costituzionali”. La sua applicazione alle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere – 3. La questione del calcolo della durata massima dei termini di fase di custodia cautelare tra Corte costituzionale e Corte di cassazione – 4. La vicenda delle presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per taluni delitti di particolare allarme sociale. Il caso della violenza sessuale di gruppo - 5. Brevissime considerazioni conclusive, alla luce dei casi esaminati

1. Premessa. Interpretazione conforme vs. disapplicazione della legge

Fino a che punto può spingersi il giudice nell'interpretare la legge alla luce della Costituzione? Qual è il confine tra interpretazione conforme a Costituzione e disapplicazione della legge? Si può distinguere tra interpretazioni “possibili” e “impossibili”? In un sistema caratterizzato dal controllo accentrato di costituzionalità, possono i giudici attribuirsi il compito di proporre interpretazioni “correttive” per assicurare la conformità a Costituzione degli enunciati normativi?

Rispondere a questi interrogativi è operazione difficile ma utile per poter esporre un punto di vista rispetto alla domanda, più generale, posta nel titolo del volume che ospita questo contributo: “Dove va il sistema italiano di controllo di costituzionalità?”. Un punto di vista che verrà espresso affrontando un argomento settoriale, qual è quello dell'incidenza del principio costituzionale del minore sacrificio della libertà personale nell'interpretazione delle disposizioni legislative riguardanti le misure cautelari.

Visto il taglio del contributo, il tema verrà affrontato dunque in una prospettiva “interna”, pur nella piena consapevolezza che la presunta “crisi” del modello accentrato di costituzionalità in Europa è anche – forse prevalentemente – indotta da “forze esterne” ai sistemi giuridici nazionali¹ e

* Il presente contributo è pubblicato anche nel volume di L. CAPPUCIO – E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 3-33. Si ringraziano le curatrici e l'editore per aver consentito la pubblicazione del lavoro anche in questa sede

¹ V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven - London, 2009, XV. Nella dottrina italiana v. T. GROPPI, *The Italian Constitutional Court: Towards a “Multilevel*

specialmente dall'incidenza del diritto dell'Unione europea ormai in grado di imporsi “direttamente” sulle norme interne di rango primario senza necessità di intervento dei giudici costituzionali. Il che si è tradotto, nel nostro ordinamento, non solo nell'affermazione per cui “fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità” (ora leggasi Unione), ma anche nel riconoscimento in capo ai giudici comuni del potere/dovere di disapplicare le norme interne contrastanti con quelle europee direttamente applicabili ([Corte cost., sent. n. 170 del 1984](#)). È un punto questo davvero importante nel nostro discorso, un approdo indotto dalla nota sentenza Simmenthal della Corte di giustizia europea (sent. 9 marzo 1978, causa C 106/77): i giudici fino ad allora soggetti alla legge (art. 101 Cost.), possono ormai disapplicarla se contrastante con il diritto europeo direttamente applicabile. Gli sviluppi di questo riconoscimento sono noti, anche se molte delle sue implicazioni sono ancora da comprendere appieno. Basti pensare alla prevista applicazione diretta della Carta dei diritti dell'Unione europea (alla quale il Trattato di Lisbona ha attribuito il medesimo valore giuridico dei trattati europei) o, *pro futuro*, ai possibili effetti della prevista adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Già ora, peraltro, prima della adesione, la CEDU gioca un ruolo importantissimo nell'interpretazione non solo delle leggi ma degli stessi disposti costituzionali, ancorché in questo campo i giudici non abbiano potere di disapplicazione. Se il giudice non ritiene possibile interpretare il disposto legislativo alla luce della CEDU, dovrà, in caso di rilevato contrasto con quest'ultima, sollevare questione di legittimità costituzionale per presunta violazione degli obblighi internazionali (art. 117, comma 1, Cost.); e sarà la Corte costituzionale a dover decidere, previa verifica della conformità a Costituzione della disposizione convenzionale, per come interpretata dalla Corte europea ([Corte cost., sentt. n. 348 e 349 del 2007](#)), se quest'ultima debba “prevalere” sulla norma interna. Prevalenza destinata ad esprimersi nei termini della incostituzionalità della norma interna, a condizione che quella pattizia assicuri una tutela almeno equivalente (comunque mai inferiore) al diritto che viene in rilievo. A queste condizioni – che presuppongono la realizzazione di un “allineamento verso l'alto del grado di effettività dei diritti fondamentali”² – il diritto convenzionale assurge di fatto a parametro nel giudizio di legittimità costituzionale (quale norma interposta).

Il discorso sulla “dimensione europea” del giudice nazionale non può che rimanere sullo sfondo, essendo approfondito in altri contributi pubblicati in questo volume. Eppure ho avvertito la necessità di riproporlo anche in apertura di questo scritto, se non altro per dar conto del fatto che la dilatazione dei poteri interpretativi del giudice non è solo “questione nazionale”.

System” of Constitutional Review?, in A. HARDING – P. LEYLAND, *Constitutional Courts. A Comparative Study*, London, 2007, 125.

² G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 16.

È il modo di concepire la stessa funzione giurisdizionale nel sistema italiano che muta sensibilmente almeno dalla sentenza Simmenthal³, potenzialmente mettendo in crisi il modello accentrato di costituzionalità. Alla significativa crescita dei poteri interpretativi del giudice per esigenze di conformazione al diritto europeo non poteva che accompagnarsi un rafforzamento degli stessi quando il loro esercizio è sostenuto dall'esigenza di conformazione dei testi legislativi a Costituzione. Fino al punto da tollerare anche significativi allontanamenti dai significati che a quei testi sembrerebbero più immediatamente riconducibili.

Su queste premesse, ancor prima di affrontare il tema specifico, ritengo utile (o quanto meno scientificamente onesto) esporre in modo chiaro e sintetico la mia posizione sul tema dell'interpretazione della legge conforme a Costituzione⁴.

Parto da un rilievo che credo – o almeno spero – sia ormai indiscutibile: le disposizioni legislative devono essere interpretate sistematicamente, nel loro complesso, e mai isolatamente, nella loro portata testuale o letterale. Tra i vari significati possibili, l'interprete deve cioè preferire quello che meglio si concili con il sistema, con il contesto normativo nel quale il testo si inserisce. Ad imporlo è la radice stessa del termine “ordinamento” che allude ad un “insieme ben ordinato” e la consapevolezza che “l'ordinamento giuridico non è né qualcosa di bell'e fatto (...), né un organismo che si sviluppi da sé per mera legge naturale: è qualcosa che non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato, proprio per opera assidua d'interpretazione”⁵. L'“ordine”, la “coerenza” dell'ordinamento, non è, insomma, qualcosa che sta prima e fuori dall'attività ermeneutica, anzi ne è, in un certo senso, specifico obiettivo. In altre parole, possiamo dire che il giurista, e in particolare il giudice, deve interrogare i testi normativi in vista dell'applicazione al caso concreto preoccupandosi che il risultato ermeneutico al quale perviene sia compatibile con il sistema nel quale quell'enunciato si trova ad operare. L'interpretazione della

³ Così si è espressa Marta CARTABIA in occasione della presentazione del volume di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, svoltasi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre il 5 novembre 2012.

⁴ Mi sono occupato del tema dell'interpretazione conforme a Costituzione in alcune note a sentenza e, fra l'altro, nei seguenti scritti: M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista “Giurisprudenza costituzionale”*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 903 ss.; ID., *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi (2009)*, in *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra*, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto, vol. III, Milano, 2012, 1297 ss. (reperibile anche in www.gruppodipisa.it); ID., *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale (2009)*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. III, Napoli, 2012, 2469 ss. (reperibile anche in www.gruppodipisa.it); ID., *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, n. 2/2012, 29/05/2012 (scritto destinato agli *Studi in onore di Antonio D'Atena*).

⁵ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione (1955)*, II, edizione corretta e ampliata da G. Crifò, Milano, 1990, 836.

legge in senso conforme a Costituzione (specie ove quest'ultima abbia i caratteri della rigidità) ha proprio questo obiettivo: assicurare la coerenza dell'ordinamento, la quale “deve essere ormai cercata sul piano costituzionale”⁶. Di qui una plausibile giustificazione di soluzioni ermeneutiche che pure comportino un allontanamento da quello che si presumeva essere il senso più immediato o meglio il “significato iniziale” della disposizione⁷. Il testo viene “adeguato” alla Costituzione attraverso l'interpretazione, prevenendo l'insorgenza stessa dell'antinomia che nella specie si tradurrebbe in incostituzionalità.

Un tale atteggiamento del giudice/interprete si traduce forse in invasione del ruolo del Tribunale costituzionale? A me pare di no, se solo si rifletta sul fatto che l'interpretazione è momento distinto (anche se condizionato) da quello dell'applicazione, ponendosi come logicamente prioritario. Tant'è vero che gli studiosi di teoria dell'interpretazione parlano di antinomie “apparenti” laddove il presunto contrasto tra un enunciato normativo e le norme “superiori” (o comunque condizionanti) sia appunto risolvibile attraverso l'attribuzione di un significato del primo compatibile con le seconde. L'interpretazione, insomma, può prevenire l'insorgenza dell'antinomia, che dunque si avrebbe sempre, propriamente, tra norme (tra significati) e non già tra disposizioni (tra testi). Se si accetta questo ragionamento non vedo come l'interpretazione conforme a Costituzione possa confondersi con la disapplicazione, fenomeno quest'ultimo che presuppone appunto l'insorgenza di un'antinomia tra norme. E comprendo pure la ragione per la quale le Corti si rifiutano di dichiarare l'incostituzionalità di testi normativi che sono suscettibili di interpretazioni conformi a Costituzione, chiedendo anzi che siano direttamente i giudici a ricercare siffatte soluzioni ermeneutiche. La dichiarazione di incostituzionalità – come è stato ben detto – altro non è che il “fallimento dell'interpretazione”⁸!

Il problema, semmai, è quello dei limiti che la stessa interpretazione conforme incontra, dovendo pur sempre l'opera di attribuzione di significato essere compatibile con l'orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere (il cavallo non può diventare albero!). Ma questo è un problema generale – non specifico dell'interpretazione conforme a Costituzione – che attiene ai limiti

⁶ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 109 s.

⁷ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 207.

⁸ Così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 257. Come ho avuto modo altrove di rilevare (M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della “interpretazione conforme a ...”*, in *Giur. Cost.*, 2007, 1222), la preferenza per l'interpretazione “adeguatrice” si basa sul principio della *presunzione di legittimità costituzionale delle leggi*, e proprio di quelle leggi che consentono di essere “interpretate” in senso costituzionalmente conforme, anche superando il significato che sembra immediatamente ricavabile dalla “lettera” che, in sé, in quanto tale, è sempre suscettibile di ambiguità, sempre aperta a diverse interpretazioni. Chiare indicazioni in questo senso in F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in *Id.*, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 147, il quale afferma che “tra una produzione normativa che può rivelarsi (e che si rileva) discontinua e intempestiva e una funzione di garanzia che si vorrebbe costretta negli angusti limiti della pura e semplice dichiarazione di incostituzionalità o della interpretazione conforme a Costituzione, non vi può essere dubbio che, alla luce del valore-principio supremo di legittimità costituzionale, sia la seconda a dover prevalere, ma *in tutte le sue, anche implicite, potenzialità*”.

dell'utilizzo dell'argomento sistematico e anche analogico. Se il significato ricavato dal testo non è in alcun modo compatibile con esso siamo sul piano comune dell'erronea interpretazione della legge, vizio del provvedimento giudiziario che, nel sistema italiano, può esser fatto valere davanti alla Cassazione (ponendosi semmai un problema serio, rispetto al singolo caso, quando l'erroneità è attribuibile proprio a quest'ultimo organo)⁹.

Occorre piuttosto rilevare che lo stesso limite dell'“orizzonte di senso” che il testo è in grado di esprimere non presenta la rigidità che usualmente si intende conferirgli. La stessa valutazione sulle “possibili” interpretazioni del testo normativo è infatti condizionata da una serie di considerazioni (contesto normativo e sociale, in alcuni casi incidenza del progresso scientifico, tecnologico, ecc.) tra le quali, forse prioritariamente, l'esistenza di pregresse pronunce, specie costituzionali, che siano in grado di orientare la scelta per la soluzione ermeneutica da preferire. L'analisi del dato giurisprudenziale italiano – e specialmente dei seguiti delle pronunce della Corte costituzionale – dimostra, infatti, una particolare propensione dei giudici a rispettare e valorizzare le decisioni della Corte costituzionale, anche estendendo soluzioni da quest'ultima offerte per colmare lacune presenti nel sistema¹⁰. Talora l'interpretazione conforme a Costituzione sembra tradursi quasi in interpretazione conforme alla giurisprudenza costituzionale. Il che è, in certa misura, fisiologico, atteso che è la stessa Corte costituzionale a spingere in questa direzione, ripetendo, tra l'altro, almeno dalla [sent. n. 356 del 1996](#), che “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (o perché qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”. Forse questa frase – come è stato

⁹ Peraltro, come pure si dirà, l'eventuale affermazione di un diritto “vivente” incostituzionale, avallato dalla Cassazione, non sfugge al controllo della Corte costituzionale, ove un giudice, “reagendo” allo stesso, sollevi questione di legittimità costituzionale. Va comunque sottolineata la tendenza legislativa a valorizzare la funzione nomofilattica, per ora tradottasi in riforme che hanno interessato la disciplina del giudizio civile di cassazione (d.lgs. n. 40 del 2006, legge n. 69 del 2009 e, da ultimo, art. 54 del d.l. 83 del 2012, conv. in legge n. 134 del 2012). In tale ultimo ambito sono stati sanciti: l'ampliamento dei casi in cui la Cassazione può enunciare il principio di diritto “nell'interesse della legge”, al solo fine di assicurarne per il futuro l'esatta interpretazione e senza alcun effetto nei rapporti tra le parti (art. 363 cod. proc. civ.); l'enunciazione da parte della Cassazione del principio di diritto a base della propria decisione non solo quando cassa con rinvio la decisione impugnata, ma in ogni caso in cui risolva una questione di diritto di “particolare importanza” (art. 384, comma 1, cod. proc. civ.); la particolare efficacia del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rendendo obbligatoria la rimessione a queste della decisione del ricorso ove la sezione semplice alla quale è stato assegnato ritenga di non dividerlo (art. 374, comma 3, cod. proc. civ.). Si è tra l'altro riconosciuta la possibilità di esprimere le ragioni della decisione della Cassazione mediante il riferimento a “precedenti conformi” (v. artt. 45, comma 17, e 52, comma 5, legge n. 69 del 2009; analoga previsione è stata introdotta per il processo amministrativo dall'art. 74 d.lgs. n. 104 del 2010). A queste previsioni si accompagnano una serie di interventi finalizzati a limitare l'accesso al giudizio di cassazione, anche attraverso nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso (c.d. filtro). In questa direzione si muovono anche le recentissime modifiche introdotte dall'art. 54 del già richiamato d.l. n. 83 del 2012, sulle quali v. il commento di A. CARRATTA, *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_processuale_civile_e_delle_procedure_concorsuali/giudizio_di_cassazione.html, 6.11.2012.

¹⁰ V., ora, in argomento, la ricostruzione di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

autorevolmente sostenuto – andrebbe corretta nella seconda e ultima parte, meritando di essere sostituita con un “perché è difficile, improbabile darne interpretazioni costituzionali”¹¹.

Perché il giudice può più facilmente allontanarsi dal significato che sembrerebbe essere più immediato, più pianamente desumibile dal testo, ove vi sia una pronuncia interpretativa della Corte costituzionale sulla stessa materia o su fattispecie analoga? Perché, in quel caso, è meno difficile, non improbabile, dare un’interpretazione “costituzionale” del testo. Non a caso la Corte costituzionale ha perfino dichiarato inammissibili questioni di legittimità costituzionale ove il giudice non avesse tentato in modo adeguato di interpretare il testo sottoposto al suo esame alla luce dei precedenti orientamenti espressi dal giudice delle leggi¹². Questa conclusione in tanto può condividersi in quanto si ritenga che il grado di difficoltà dell’interpretazione conforme si misura non solo in base alle “resistenze opposte dal testo” che ne costituisce oggetto, ma anche dalla presenza o meno di indicazioni ermeneutiche desumibili dalla pregressa giurisprudenza. Ciò non significa però, a mio giudizio, che le interpretazioni conformi siano in grado di superare il significato immediatamente desumibile dal testo solo ove vi sia un’indicazione giurisprudenziale pregressa che lo permetta¹³. Semplicemente significa che la presenza di una pregressa indicazione ermeneutica della giurisprudenza costituzionale può giustificare la mancata rimessione alla Corte della questione, proprio perché – ripeto – ciò vale a rendere meno difficile, meno improbabile, la lettura conforme a Costituzione dell’enunciato normativo.

2. *Interpretazione conforme e principio della presunzione di “massima espansione delle libertà costituzionali”. La sua applicazione alle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere*

¹¹ F. MODUGNO, *Sulla specificità dell’interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, cit., 260.

¹² Si veda la [sent. n. 208 del 2009](#) e le diverse posizioni espresse sulla stessa da F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2405 ss., e da G. U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, ivi, 2412 ss.

¹³ Cfr., invece, V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts*, cit., 112 ss., che formula questa tesi partendo dalla distinzione tra possibili “interpretazioni” e “correzioni” o “modificazioni” della legge, queste ultime realizzabili, in un modello accentrato, soltanto dal Tribunale costituzionale. La “correzione” dei “difetti costituzionali” della legge può essere operata soltanto dalla Corte costituzionale attraverso le sentenze manipolative, non potendo i giudici ordinari far dire alla legge ciò che non può “razionalmente” intendersi che dica. Si tratta di un confine tutt’altro che agevole da delineare, che richiama problemi simili a quelli che si pongono quando si parla di “chiarezza” dei testi legislativi. Chi stabilisce che una disposizione è chiara? Analogamente, chi stabilisce che una lettura del testo è “possibile” o “forzata” (per usare le espressioni di Ferreres Comella)? Per quest’ultimo quesito sembra poter valere la risposta più convincente che, a mio giudizio, è stata data al primo, attraverso una serie di domande retoriche: “Ma chi altri può stabilire (e stabilisce) che una disposizione è chiara, se non l’interprete medesimo? Dove comincia e dove finisce la ‘chiarezza’ di una disposizione? Qual è ‘il significato proprio delle parole’? Quando ricorre una precisa ‘disposizione di legge’ ovvero quand’è che una disposizione è precisa, se non a seguito della ‘lettura’ che ne dà l’interprete?” (F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II edizione, Padova, 2012, 449).

Nell'affrontare lo specifico tema oggetto di questo contributo (l'interpretazione delle disposizioni in tema di custodia cautelare), occorre chiedersi se l'atteggiamento prima delineato (preferenza per l'interpretazione conforme) incontri specifici ostacoli a dispiegarsi in un ambito ove a venire il rilievo è il bene fondamentale della libertà personale. In altre parole, se si ammette che la limitazione della libertà personale debba essere operata solo per lo stretto indispensabile (principio del minore sacrificio necessario), può l'interpretazione conforme dei giudici "sostituirsi" alla pronuncia di annullamento di un Tribunale costituzionale?

Il punto è stato problematicamente messo in rilievo in un recente contributo¹⁴: si può rinunciare – ove ad essere in gioco è un diritto costituzionalmente garantito – alla pronuncia di illegittimità costituzionale, avente, come noto, efficacia *erga omnes*? Può in questo ambito funzionare pienamente l'auspicato sindacato "accentrato collaborativo"¹⁵, che, almeno nel caso di previa sentenza costituzionale, consente al giudice di formulare interpretazioni "ardite" di testi analoghi a quelli già scrutinati dalla Corte?

La questione è complessa, ma l'obiettivo della critica – se ci pone nella prospettiva dello specifico diritto "controverso" – mi pare debba essere, prioritariamente, non già l'interpretazione conforme a Costituzione ma *la mancata interpretazione conforme non accompagnata da sollevazione di questione di costituzionalità*. Mi spiego. Se il giudice, orientandosi sul principio della massima espansione delle libertà, propone una lettura di un testo in grado di assicurare la tutela del diritto, l'obiettivo è raggiunto, sia pure solo per il caso concreto. Se il giudice ritiene che il testo osti alla soluzione conforme a Costituzione e solleva la questione di costituzionalità, l'obiettivo di assicurare la tutela del diritto potrà essere assolto dalla Corte. Se, viceversa, il giudice non ritiene possibile l'interpretazione conforme e non solleva la questione di costituzionalità, la tutela del diritto in generale e nel caso specifico sarà sacrificata. È un rischio, quest'ultimo, che a ben vedere è implicato dalla scelta per un sindacato incidentale, che vede il giudice chiamato a valutare la "non manifesta infondatezza delle questioni", ad operare, in altre parole, un filtro limitando l'accesso alla Corte ai casi in cui sussista effettivamente, a suo giudizio, un dubbio di costituzionalità. È, insomma, un problema che non riguarda l'interpretazione conforme a

¹⁴ S. TALINI, *Il tentativo del funambolo. Le presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in carcere tra Corte costituzionale e giudici*, commento a [Corte cost., sent. n. 110 del 2012](#), in *Giur. It.*, 2013, 521 ss., che richiama i lavori di M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI (a cura di) *Il valore della Costituzione*, Bari, 2009, 52 ss. e di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, 1643 ss.

¹⁵ Costruisce in questi termini la attuale conformazione del nostro sindacato di legittimità costituzionale E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., *passim*. Al punto che – come dimostrerebbe anche la tendenza dello stesso giudice delle leggi ad accomunare la propria posizione a quella di ogni altro giudice nazionale di fronte alle norme dell'Unione europea, da una parte ([ordd. n. 102](#) e [n. 103 del 2008](#)), e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dall'altra ([sentt. nn. 348](#) e [349 del 2007](#)) – la Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria avrebbero "progressivamente dato vita a *un unico grande potere giudiziario* all'interno del quale ora si distinguono, per riprendere in senso estensivo la dizione che il testo costituzionale riferisce alla magistratura in senso stretto, 'soltanto per diversità di funzioni' (art. 107, terzo comma, Cost.)" (p. 28).

Costituzione, semmai, come già detto, il suo mancato uso non accompagnato dalla sollevazione della questione di costituzionalità.

Certo, l'interpretazione del giudice conforme a Costituzione assicura "giustizia" solo per il caso singolo, mentre la "certezza del diritto" potrebbe essere soddisfatta solo dalla decisione di incostituzionalità della Corte costituzionale. Ma – se questo è il problema – si dovrebbe allora arrivare a ribaltare l'assunto di partenza, tornando indietro e sostituendolo con il seguente: se è in gioco la tutela di un diritto fondamentale, le leggi si dichiarano incostituzionali quando è possibile darne interpretazioni incostituzionali (o qualche giudice ritenga di darne). Mai più decisioni interpretative di rigetto (atteso che anch'esse non sono vincolanti), mai più decisioni di inammissibilità quando il giudice non profonda un adeguato sforzo nella ricerca dell'interpretazione conforme a Costituzione! Anche quando non sia difficile, non sia improbabile, dare al testo un significato "costituzionale". Siamo sicuri che sia questa la strada migliore? Non assume forse rilievo anche l'esigenza di immediatezza della tutela (cui peraltro si connette pure quella della ragionevole durata del processo) in quei casi in cui l'atteso esito del giudizio di costituzionalità debba ritenersi scontato alla luce dei precedenti giurisprudenziali? Con questo non voglio dire che il giudice debba sempre "fare da solo", ma che il coinvolgimento della Corte non è necessario quando l'interpretazione "costituzionale" non è difficile, né improbabile. Fermo restando, insomma, che non si può chiedere ai giudici di avventurarsi in "difficili", "improbabili", interpretazioni adeguatrici, non si deve sottovalutare il "vantaggio" assicurato dalla tutela immediata che il giudice adito è in grado di assicurare con riferimento al diritto controverso¹⁶. Anche se – come è stato giustamente sottolineato – "perché questo metodo produca conseguenze positive sull'effettività della tutela dei diritti è necessario che si verifichi un processo spontaneo di omologazione verso l'alto della giurisprudenza, assecondato e accelerato dall'adesione della Corte di cassazione, organo di nomofilachia, all'interpretazione conforme"¹⁷. Altrimenti, come accaduto nella prima vicenda che di seguito si narrerà, si potrà "formare il 'diritto vivente' contrario alla Costituzione e il giudice delle leggi sarà costretto a rinunciare all'altrui esplorazione e, sempre nella prospettiva dell'effettività della tutela, dovrà dichiarare illegittima la disposizione, vista l'impossibilità di pervenire al risultato auspicato per via interpretativa"¹⁸.

Resta fermo, però – lo ribadisco – che ove il dubbio interpretativo sia difficilmente risolvibile nel giudizio principale, dovrà ritenersi prevalente "il vantaggio della certezza e della stabilità", dovendo il giudice rinunciare a "temerarie 'esplorazioni', allo scopo di non seminare di incertezze e

¹⁶ G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti*, cit., 20.

¹⁷ Ancora G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 20 s.

¹⁸ G. SILVESTRI, *loc. ult. cit.*

contraddizioni l'applicazione giudiziale delle norme di tutela"¹⁹. A quel punto sarà la Corte costituzionale, specificamente sollecitata a far ciò dal giudice *a quo*, a “rendere maggiormente effettivo il diritto di cui si tratta”, magari con sentenze manipolative (specie additive) idonee a “perfezionare e arricchire la tutela” con “efficacia vincolante generale”²⁰.

Per approfondire i punti prima esposti, esaminerò due vicende giurisprudenziali, riguardanti l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere, alla luce del criterio del minore sacrificio necessario della libertà personale. Il predetto criterio non è che il riflesso della “presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali” e della conseguente esigenza di una lettura restrittiva dei limiti posti ai diritti fondamentali, ricavate da autorevole dottrina sulla base della lettura dei principi fondamentali della nostra Carta costituzionale²¹.

Con riferimento alla disciplina della custodia cautelare, la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che essa deve uniformarsi al criterio del “minore sacrificio necessario” ([sent. n. 299 del 2005](#)), già ricavabile dal primo comma dell'art. 13 Cost. (“la libertà personale è inviolabile”) e implicante il contenimento della compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto²². La Corte costituzionale ha nella specie richiamato i principi di “gradualità”, “individualizzazione”, “adeguatezza” e “proporzionalità” delle misure cautelari, ritenendo possibile il ricorso alle forme di restrizione più intense (tra le quali quella “massima” è la custodia carceraria) solo ove le esigenze processuali o extraprocessuali non possono essere soddisfatte tramite misure di minore incisività²³. In linea generale, come vedremo, il sistema cautelare non dovrebbe prevedere automatismi né presunzioni, dovendo le condizioni e i presupposti per l'applicazione della misura custodiale essere apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta.

È dunque il principio “costituzionale” del minore sacrificio necessario della libertà personale, al quale le predette esigenze sono tutte riferibili, che deve orientare il giudice nell'interpretazione dei disposti legislativi, potendo ovviamente anche assorgere a “parametro” nel giudizio di legittimità

¹⁹ G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 21.

²⁰ G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, 22. Mi pare che in questa prospettiva si collochi pure l'analisi di S. TALINI, *Il tentativo del funambolo*, cit., 524, rilevando come nel caso da lei esaminato l'effettività della tutela del diritto richieda una pronuncia di incostituzionalità, non solo per assicurare ad essa valenza *erga omnes* ma anche per la ragione contingente della impossibilità per il giudice di estendere ad altra fattispecie quanto la Corte costituzionale aveva in precedenza affermato con una pronuncia additiva a valenza sostitutiva. Il riferimento è alla [sent. n. 110 del 2012](#), sulla quale tornerò nell'esame della vicenda giurisprudenziale relativa alle c.d. presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.

²¹ L'espressione è, come noto, di P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41

²² Si veda, già, la [sent. n. 64 del 1970](#), ove si legge che l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza.

²³ La carcerazione preventiva – come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sentt. 8 novembre 2007, Lelièvre contro Belgio, e 2 luglio 2009, Vafiadis contro Grecia) – deve essere soluzione estrema, da applicare solamente allorché le altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti (la disposizione CEDU richiamata come parametro è nella specie l'art. 5, par. 3).

costituzionale ove dal testo non sia possibile (*rectius*: sia difficile, improbabile) ricavare una soluzione ad esso conforme. Il predetto indirizzo vale sia per la disciplina relativa alle modalità di “scelta” della misura cautelare necessaria e dei relativi limiti sia per quella riguardante il computo dei termini massimi della custodia cautelare.

3. *La questione del calcolo della durata massima dei termini di fase di custodia cautelare tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*

La prima vicenda giurisprudenziale che intendo rapidamente illustrare riguarda proprio la disciplina dei limiti massimi della custodia cautelare e, in particolare, la questione del calcolo della durata massima dei termini di fase di custodia cautelare.

Il problema riguardava l’ipotesi di nuovo inizio della decorrenza dei termini “intermedi” della custodia (previsti per ciascuna fase) per la regressione del procedimento penale, in seguito ad annullamento con rinvio da parte della Cassazione o per altra causa, ad una fase o a un grado di giudizio diversi, o di rinvio ad altro giudice. Dalla *lettera* dell’art. 303, comma 2, cod. proc. pen. sembrava emergere, infatti, che in tali ipotesi potesse essere causa di scarcerazione solo il superamento del termine complessivo di durata massima, stabilito dal successivo comma 4, e non già, anche se più favorevole, il superamento dei c.d. termini massimi di fase (pari al “doppio” del termine di fase) previsto dall’art. 304, comma 6, ritenuto operante per i soli casi ivi disciplinati relativi alla sospensione dei termini (ossia per impedimento dell’imputato o del difensore, ecc.). Proprio con riferimento a tale mancata previsione di possibilità di computo fu sollevata, con riguardo all’art. 3 Cost., questione davanti alla Corte costituzionale, la quale, con [sent. n. 292 del 1998](#), la ritenne *non fondata, nei sensi di cui in motivazione*, in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo* e secondo quella che si appalesa come *l’unica soluzione ermeneutica conforme a Costituzione*, deve ritenersi invece che pure nella suddetta ipotesi possa essere causa di scarcerazione, se più favorevole, anche il superamento del termine previsto dall’art. 304, comma 6, cod. proc. pen.²⁴. Insomma il periodo di custodia sofferto nello stadio del procedimento anteriore all’atto di annullamento deve ritenersi utile ai fini del decorso dei termini massimi di fase, sommandosi a quello che si continua a subire nella fase in cui il processo è regredito. Tale soluzione

²⁴ A tale soluzione – secondo la Corte costituzionale – non è di ostacolo la collocazione della norma in un articolo concernente i casi di sospensione dei termini (per impedimento dell’imputato o del difensore, ecc.) trattandosi di una previsione che rispetto al corpo dell’articolo era e resta autonoma. Gli argomenti utilizzati sono “vari e concorrenti”: di carattere storico, legati alla genesi e funzione dell’istituto già durante la vigenza del vecchio codice; testuali e logico-sistematici, quali l’uso, nel comma in parola, dell’avverbio “comunque”; il richiamo, oltre che al comma 1, ai commi 2 e 3 dell’art. 303; il fatto che, mentre nei casi di sospensione, il prolungamento dei termini può essere conseguenza di una eventuale condotta ostruzionistica e defatigatoria dell’imputato, nei casi di regressione o di rinvio ad altro giudice deriva di regola da un errore in cui è incorsa la stessa autorità giudiziaria e senza colpa dell’imputato, per cui sarebbe paradossale limitare l’operatività del limite di fase soltanto ai primi.

– affermava ancora la Corte nella richiamata decisione – è “aderente ... alla stessa logica dell’art. 13 della Carta fondamentale, la quale impone di individuare, fra più interpretazioni, quella che riduca al minimo il sacrificio per la libertà personale”.

La Corte costituzionale faceva così ricorso ad una *sentenza interpretativa di rigetto* ritenendo la soluzione proposta come *interpretazione “costituzionalmente obbligata”* e confermando il proprio orientamento in successive decisioni processuali ([ordd. nn. 429 del 1999](#), [214 del 2000](#), [529 del 2000](#)). Ma, anche a fronte delle significative oscillazioni registrate in giurisprudenza sulle modalità di calcolo del termine di fase, la Cassazione a sezioni unite, con l’ordinanza iscritta al n. 434 del registro ordinanze del 2002, chiedeva finalmente al giudice delle leggi di dichiarare incostituzionale l’art. 303, comma 2, cod. proc. pen., “nella parte in cui impedisce di computare, ai fini dei termini massimi di fase determinati dal successivo art. 304, comma 6, i periodi di detenzione sofferti in una fase o in un grado diversi da quelli in cui il procedimento è regredito”. La Corte costituzionale, con [ord. n. 243 del 2003](#), ha dichiarato la questione *manifestamente inammissibile*, per essere la motivazione perplessa e contraddittoria, sottolineando, tra l’altro, che l’ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite si chiudeva con l’esplicito invito al “rispetto delle reciproche attribuzioni”, riguardo al quale il giudice delle leggi si esprimeva nei seguenti termini: “*come se a questa Corte fosse consentito affermare i principi costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e le fosse negato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione*” (v. anche le successive [ordd. nn. 335 del 2003](#) e [59 del 2004](#))²⁵.

Successivamente la Cassazione, Sezioni Unite penali (31 marzo 2004, n. 23016, Pezzella), trovandosi in altro giudizio a dover applicare l’art. 303, comma 2, cod. proc. pen., precisava che ai fini della durata massima della custodia cautelare si dovessero calcolare solo i periodi di detenzione subiti nelle fasi o gradi omogenei, non potendo “disapplicare, attraverso operazioni adeguatrici o manipolatrici, una disposizione tuttora vigente, neppure in nome di una più piena realizzazione dei principi e dei valori della carta fondamentale”²⁶ Si contraddiceva, così, l’interpretazione fornita

²⁵ Rileva esattamente F. MODUGNO, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su “Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005”*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, cit., 282, che, “con quest’ultima risposta, la Corte costituzionale in realtà non ha colpito il segno perché il fatto che alla Corte non possa essere negato (ovviamente) il potere di interpretare le leggi alla luce della Costituzione ... anche senza arrivare alla dichiarazione di incostituzionalità, non esclude affatto che la giurisdizione comune, di legittimità e di merito, possa, a sua volta, interpretare le leggi in modo diverso ... anche alla luce della Costituzione”. L’argomento della Corte costituzionale sembra dunque provare troppo, in quanto il giudice delle leggi non può “imporre” la sua interpretazione come la sola possibile, come “interpretazione costituzionalmente obbligata”. “La Corte – come ancora rileva Modugno – può imporsi bensì sul piano dell’*annullamento* (o, se si vuole, persino dell’aggiunta o sostituzione) delle disposizioni (o delle norme) incostituzionali, ma non già su quello – ben distinto e diverso – della *interpretazione* delle disposizioni, fin tanto che queste ultime non sono colpite dalla dichiarazione di incostituzionalità”.

²⁶ Il principio di diritto enunciato dalla Cassazione è il seguente: “In caso di regresso del procedimento, ai fini del computo del doppio del termine di fase e del conseguente diritto alla scarcerazione dell’imputato detenuto, si deve tenere conto anche dei periodi di detenzione imputabili ad altra fase o grado del procedimento medesimo, *limitatamente*

dalla Corte costituzionale, proprio in quanto resa in una *pronuncia di rigetto*, non avente efficacia *erga omnes* e determinante solo un vincolo “negativo” per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione; in tutti gli altri casi, come precisato dalla Cassazione, il giudice conserva il potere-dovere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge purché ne dia una lettura costituzionalmente orientata, anche se differente da quella indicata nella decisione interpretativa di rigetto²⁷. Sarebbe peraltro stato superfluo – secondo quanto sottolineato dalla Cassazione – promuovere un ennesimo incidente di costituzionalità, “visto che la Corte costituzionale ha più volte rifiutato di dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 303, comma 2, cod. proc. pen.”.

La questione è poi tornata all’esame della Corte costituzionale (sollevata questa volta dai Tribunali di Bari e Torino, in riferimento agli artt. 3 e 13 Cost.), la quale ha dichiarato finalmente l’illegittimità costituzionale dell’art. 303, comma 2, cod. proc. pen., “nella parte in cui non consente di computare ai fini dei termini massimi di fase determinati dall’art. 304, comma 6, dello stesso codice, i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o in gradi diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito” ([sent. n. 299 del 2005](#)). Il giudice delle leggi, ritenendo l’indirizzo delle Sezioni Unite “oramai consolidato, sì da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative”, perviene alla *soluzione della incostituzionalità*, affermando che “la tutela della libertà personale che si realizza attraverso i limiti massimi di custodia voluti dall’art. 13, quinto comma, Cost. è (...) un valore unitario e indivisibile, che non può subire deroghe o eccezioni riferite a particolari e contingenti vicende processuali, ovvero desunte da una ricostruzione dell’attuale sistema processuale che non consenta di tenere conto, ai fini della garanzia del termine massimo finale di fase, dei periodi di custodia cautelare ‘comunque’ sofferti nel corso del procedimento”. Sono quegli stessi principi ai quali si era richiamata per interpretare la disciplina censurata in modo conforme a Costituzione sin dal 1998. Ma, “preso atto che si è formato un diritto vivente incompatibile con l’interpretazione sinora sostenuta, la Corte stessa non può che dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 303, comma 2, cod. proc. pen. per contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost.”. La partita tra le Corti si chiude così con una *sentenza additiva*, consolidando nella forma che

ai periodi riferibili a fasi o gradi omogenei, secondo il combinato disposto degli artt. 303, comma 2, e 304, comma 6, c.p.p.”.

²⁷ Si potrebbe discutere anche in ordine al “vincolo” gravante sul giudice *a quo* in conseguenza di una pronuncia interpretativa di rigetto. Alla tesi del vincolo “negativo specifico” consistente nel divieto di interpretare la disposizione nel senso disatteso dalla Corte, libera restando qualsiasi altra interpretazione (A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 54 ss.; ma v. già ID., *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 1963, 654 ss.), si accompagna quella del vincolo “negativo generico”, che opererebbe in quei casi in cui la Corte non esplicita, nella motivazione, che l’interpretazione offerta dal rimettente sarebbe incostituzionale (il giudice *a quo* in questi casi può interpretare la disposizione anche in modo diverso dalla Corte, purché non giunga a farne applicazioni incostituzionali). Per quest’ultima tesi v. C. ESPOSITO, *Autorità delle decisioni di rigetto della Corte nei giudizi a quo*, in *Giur. Cost.*, 1961, 1216 ss., specie 1220 s.; e già ID., *Nota senza titolo*, in *Giur. Cost.*, 1957, 75.

appare più consona – la decisione di accoglimento – l’interpretazione che il giudice delle leggi aveva proposto fin dalla [sent. n. 292 del 1998](#)²⁸.

Nell’occasione è la Corte costituzionale che sembra essere andata al di là dei confini dell’interpretazione conforme a Costituzione, allorché non ha risposto con sentenza additiva alla richiesta posta in tal senso nel 2002 dalle Sezioni Unite della Cassazione. In assenza di risposta positiva alla “proposta” interpretativa formulata nel 1998 con sentenza di rigetto, perché perseverare nell’uso di tecniche decisorie non idonee a vincolare i giudici²⁹? Non è dunque il “tentativo” del 1998 che suscita perplessità, quanto il protrarsi dell’attesa per una soluzione che, stante la resistenza dei giudici, era giunta a maturazione ben prima del 2005.

In altre parole, se prima i giudici comuni e poi perfino le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto che l’interpretazione conforme a Costituzione di un testo normativo restasse difficile, improbabile, anche se specificamente “proposta” dalla Corte costituzionale, quest’ultima non doveva che prenderne atto e, nella prospettiva dell’effettività della tutela, dichiarare illegittima la diversa soluzione ermeneutica affermata nella prassi giurisprudenziale ovvero, come nella specie, dichiarare l’incostituzionalità della omessa previsione della regola volta ad assicurare il minore sacrificio necessario della libertà personale. Anche se la stessa Corte costituzionale aveva originariamente ritenuto che quella regola fosse comunque ricavabile dal testo per via di interpretazione.

Mi pare che la vicenda dimostri esemplarmente come, in mancanza di “collaborazione” (condivisione della proposta ermeneutica), la Corte costituzionale debba “imporre” la soluzione conforme a Costituzione, assicurando con lo strumento “vincolante” dell’accoglimento della questione la tutela effettiva e stabile del diritto, evitando così che questo sia esposto ad una applicazione giudiziale incerta e contraddittoria.

²⁸ La linea seguita dalla Corte costituzionale è analoga a quella già intrapresa negli anni sessanta del secolo scorso, quando, a fronte di decisioni giudiziarie che disattendevano l’interpretazione delle leggi da essa fornita, non gli restò che rispondere con il ricorso alle sentenze interpretative di accoglimento. Si vedano, in particolare, le [sentt. nn. 11 e 52 del 1965](#), in tema di garanzie della difesa nell’istruzione sommaria: alla prima sentenza, interpretativa di rigetto, ha fatto seguito, non essendosi la Cassazione conformata all’interpretazione resa dalla Corte costituzionale, la seconda decisione, che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 392, comma 1, cod. proc. pen., nella parte in cui rende possibile non applicare all’istruzione sommaria le disposizioni concernenti le garanzie della difesa. Si vedano, altresì, le [sentt. nn. 8 del 1956 e 26 del 1961](#), aventi ad oggetto l’art. 2 t.u.p.s. attributivo ai prefetti dei poteri di ordinanza: non essendosi la prassi amministrativa e giudiziaria (v., in particolare, Cass., Sez. Un., 16 giugno 1958, n. 2068) uniformata all’interpretazione resa dalla Corte nella prima decisione (interpretativa di rigetto), il giudice delle leggi ha dichiarato nella seconda decisione l’illegittimità costituzionale del summenzionato art. 2 “nei sensi e nei limiti indicati nella motivazione”.

²⁹ La vicenda conferma quanto sostenuto da F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 557, secondo il quale “quando insorgono contrasti ermeneutici con i giudici, il destino delle interpretazioni sostenute dalla Corte italiana, quando non mettono capo a declaratorie di incostituzionalità, è alla fine un destino perdente”.

Probabilmente il “conflitto tra le Corti” determinatosi nella specie è stato il frutto di “una serie di malintesi e di puntigli eccessivi” nonché di veri e propri “errori di valutazione”³⁰, verosimilmente indotti anche dalla circostanza che nessuno dei “contendenti” voleva assumersi, di fronte al legislatore e alla pubblica opinione, la responsabilità della scelta di assicurare la prevalenza dei diritti degli imputati sulle esigenze di sicurezza della collettività³¹.

4. *La vicenda delle presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per taluni delitti di particolare allarme sociale. Il caso della violenza sessuale di gruppo*

La seconda vicenda giurisprudenziale che intendo trattare riguarda le c.d. presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia in carcere (automatismo della misura, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari) contemplate nell’art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, cod. proc. pen., per come modificato dall’art. 2 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, provvedimento rientrante nel c.d. pacchetto sicurezza. Con quest’ultimo intervento normativo, si è estesa l’area delle deroghe al principio secondo il quale il sistema cautelare deve informarsi al criterio del “minore sacrificio necessario”, che, come si è già detto, porta a considerare la carcerazione preventiva come soluzione estrema, da praticare soltanto quanto le “altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti”. Area delle deroghe al suddetto principio che, in precedenza, si esauriva con il riferimento ai delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso³², le cui specificità avevano indotto tanto la Corte costituzionale³³ quanto la Corte EDU³⁴ a ritenere ragionevole, o comunque giustificabile, il disposto automatismo della custodia cautelare in carcere, in quanto “misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione”.

La Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire il predetto principio in una serie di decisioni riguardanti l’art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, cod. proc. pen., ritenendo, ad oggi, incostituzionali le c.d. presunzioni assolute previste con riferimento ai seguenti delitti: induzione o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis, primo comma, cod. pen.), violenza sessuale (art. 609-bis cod. pen.), atti sessuali con minorenne (art. 609-quater cod. pen.) ([sent. n. 265 del 2010](#)); omicidio volontario ([sent. n. 164 del 2011](#)); associazione per delinquere finalizzata al

³⁰ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 117 e ivi riferimenti alle posizioni della dottrina sulla specifica vicenda.

³¹ Per questa lettura v. G. ZAGREBELSKY, *Realismo e concretezza nel controllo di costituzionalità delle leggi in Italia*, in L. MEZZETTI - E. FERRER MAC-GREGOR, *Diritto processuale costituzionale: omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i suoi 50 anni di ricercatore di diritto*, Padova, 2010, 554.

³² Siffatte deroghe sono state introdotte a seguito delle stragi di mafia con il d.l. n. 152 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, e con il d.l. n. 203 del 1991, convertito dalla legge n. 356 del 1991.

³³ [Ordd. nn. 450 del 1995, 40 del 2002, 130 del 2003.](#)

³⁴ Corte EDU, sent. 6 novembre 2003, Pantano contro Italia.

traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope ([sent. n. 231 del 2011](#)) e alla commissione dei reati di cui agli artt. 473 e 474 cod. pen.³⁵ ([sent. n. 110 del 2012](#)); delitti connotati dalla finalità di “agevolazione mafiosa” o dalla realizzazione mediante il “metodo mafioso” ([sent. n. 57 del 2013](#))³⁶. La formula additiva utilizzata in queste pronunce è sempre la seguente: si dichiara l’incostituzionalità della disposizione specificamente censurata “*nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistano gravi indizi di colpevolezza ... è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure*”.

La *ratio decidendi* che si pone alla base delle predette pronunce, tutte qualificabili come “additive di regola” – sia pure, come dirò tra poco, “a valenza sostitutiva” – è la seguente: la disciplina delle misure cautelari deve essere ispirata al criterio del “minore sacrificio necessario”; la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto. La Corte ricava il suddetto assunto dal principio d’inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.), ribadendo, in tutte le richiamate decisioni, quanto segue: “le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’*id quod plerumque accidit*. In particolare, l’irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia ‘agevole’ formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa”. Ciò vale a giustificare l’applicazione della presunzione assoluta ai delitti di mafia, per la particolare struttura degli stessi e per le sue connotazioni criminologiche³⁷, non alle altre fattispecie finora scrutinate.

³⁵ Si tratta dei delitti di contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi di opere dell’ingegno o di prodotti industriali (art. 473 cod. pen.) e di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (art. 474 cod. pen.)

³⁶ Si aggiunga anche la dichiarazione di incostituzionalità della presunzione assoluta per il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina ([sent. n. 331 del 2011](#)), ancorché questa riguardi specificamente non l’art. 275, comma 3, cod. proc. pen., ma l’art. 12, comma 4-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), aggiunto dall’art. 1, comma 26, lettera f), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica).

³⁷ La Corte costituzionale, con la citata [sent. n. 57 del 2013](#), ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di cui all’art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p. anche con riferimento ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo. Il predetto rinvio all’art. 416-bis consentiva di ricomprendere nella presunzione assoluta tutti i delitti, anche di “modesta entità”, purché connotati dalla finalità di “agevolazione mafiosa” (o dalla realizzazione mediante il “metodo mafioso”). Il regime cautelare speciale era così collegato non già a singole fattispecie incriminatrici, in rapporto alle quali possa valutarsi l’adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ma a circostanze aggravanti, riferibili a più vari reati e correlativamente alle più diverse situazioni oggettive e soggettive. Secondo la Corte, mentre per l’associato o il concorrente nella fattispecie associativa la presunzione delineata dall’art. 275, comma 3, cod. proc. pen. risponde a dati di esperienza generalizzati, altrettanto non può dirsi per l’autore dei delitti

Ferma restando la struttura additiva delle richiamate decisioni, queste producono un effetto “sostitutivo”, essendo le disposizioni dichiarate incostituzionali in quanto prevedono una presunzione “assoluta” di adeguatezza della custodia cautelare in carcere *anziché* una presunzione “relativa”, tale da implicare l’obbligo in capo al giudice di valutare, quando sussistano gravi indizi di colpevolezza, se siano stati acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Non sono state ad oggi scrutinate altre fattispecie richiamate dall’art. 275, comma 3, cod. proc. pen., ossia i delitti con finalità di terrorismo, per i quali potrebbe prefigurarsi un trattamento analogo a quelli di mafia, nonché, tra l’altro, la violenza sessuale di gruppo, la pornografia minorile, le iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile. La *ratio decidendi* delle sentenze finora emesse può lasciare presagire un analogo destino per queste ultime fattispecie. Ma a tale fine sarebbero necessarie altrettante decisioni d’incostituzionalità? O potrebbero i giudici direttamente interpretare la disciplina vigente nel senso dell’esclusione dell’operatività della presunzione assoluta?

La Terza sezione penale della Corte di cassazione (sent. n. 4377 del 20 gennaio 2012, depositata il successivo 1° febbraio) ha ritenuto praticabile la seconda strada con riferimento alla violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies cod. pen.), ritenendo che il provvedimento del giudice del riesame, il quale aveva confermato l’ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa dal G.I.P. nei confronti di soggetti indiziati per il suddetto reato, sarebbe affetto dal vizio di errata applicazione di legge. Ciò perché il predetto giudice non avrebbe “interpretato” l’art. 275, comma 3, cod. proc. pen., “in modo coerente con i principi fissati dalla Corte costituzionale” nella [sent. n. 265 del 2010](#). Secondo la Cassazione, un’interpretazione coerente con quei principi vale a fugare i dubbi di costituzionalità – pur prospettati in subordine dalla difesa dei ricorrenti – che altrimenti sussisterebbero nei confronti dell’art. 275, comma 3, cod. proc. pen. Più nel dettaglio, si legge nella decisione che dalla sentenza della Corte costituzionale emerge “l’esistenza di *principi interpretativi direttamente applicabili* all’art. 275, terzo comma, cod. proc. pen. nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi del reato *ex art. 609-octies cod. pen.*”, il quale presenta “caratteristiche essenziali non difformi” da quelle individuate per i reati sessuali di cui agli artt. 609-bis e 609-quater cod. pen. (rispettivamente, violenza sessuale e atti sessuali con minorenne). La conclusione alla quale si perviene è la seguente: “nel caso in esame *l’unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla [sentenza n. 265 del 2010](#) ... è quella*

commessi avvalendosi del cosiddetto “metodo mafioso” o al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso. Con specifico riferimento a quest’ultima ipotesi deve essere fatta salva “l’ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Nell’apprezzamento di queste ultime risultanze, il giudice dovrà valutare gli elementi specifici del caso concreto, tra i quali l’appartenenza dell’agente ad associazioni di tipo mafioso ovvero la sua estraneità ad esse”.

che *estende* la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all'art. 609-octies cod. pen.”.

La Cassazione propone dunque un'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. (nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi del reato *ex art. 609-octies cod. pen.*), alla luce di principi ermeneutici ricavati da una precedente decisione della Corte costituzionale (peraltro confermati da successive pronunce, non richiamate dal giudice di legittimità).

L'effetto della predetta interpretazione è quello di *estendere l'addizione* (o se si vuole la sostituzione) compiuta in precedenza dalla Corte costituzionale, con esclusivo riferimento ai soggetti indagati per il reato di violenza sessuale o di atti sessuali con minorenne, anche agli indagati per il reato di violenza sessuale di gruppo, per i quali la *lettera* dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. continua a prevedere la presunzione “assoluta”.

Un'interpretazione, si dovrebbe dire, *contra litteram legis*³⁸ – la quale dispone che “quando sussistono gravi indizi di colpevolezza ... è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari” – che si è prestata, sin dai primi commenti, a diverse letture. Una soluzione giustificata da alcuni commentatori, facendo leva ora sull'argomento dell'applicazione analogica³⁹ ora su quello dell'interpretazione sistematica⁴⁰, ma criticata da altri soprattutto con riferimento allo strumento di cui si è servita la Corte di cassazione per giungere a un risultato che pure nel merito pare condiviso⁴¹.

A mio giudizio la Corte di Cassazione ha qui oltrepassato i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione⁴². Non però in quanto non potesse in astratto estendere il principio enucleato dalla Corte costituzionale con riferimento a fattispecie non regolate, ma perché nella specie mancava

³⁸ Sul c.d. limite testuale che non potrebbe essere valicato attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione v., tra i molti: G. SORRENTI *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 118, 172 s., 286; ID., *La Costituzione “sottintesa”*, in Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano, 2010, 88; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in www.federalismi.it, 6.8.2007, par. 5.1; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, in P. CARNEVALE - C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memorie e prospettive*, Torino, 2008, 121 ss.

³⁹ M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2012, 20/3/2012.

⁴⁰ P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida al diritto*, n. 11/2012, 58 ss.

⁴¹ M. CHIAVARIO, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012, 04/04/2012. In prospettiva critica rispetto alla decisione della Cassazione v., da ultimo, G. SORRENTI, *La Corte di cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella “seconda modernità”*, *ivi*, n. 4/2012, 6/11/2012. L'Autrice ritiene che nella specie si abbia una “estensione in via analogica di precedenti sentenze di accoglimento della Corte costituzionale”, la quale “costituisce né più né meno che una dichiarazione di illegittimità consequenziale, istituto riservato esclusivamente al giudice delle leggi” (p. 12).

⁴² Per una più ampia esposizione delle ragioni che mi inducono a questa conclusione rinvio a M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, *cit.* Alcuni passaggi di questo lavoro saranno ripresi nel proseguo del testo.

quest'ultimo presupposto, ossia l'assenza di una "norma giuridica positiva e vigente atta a qualificare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere"⁴³. Quella norma c'è ed impone una presunzione "assoluta" senza contemplare l'eccezione relativa all'ipotesi in cui siano "acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure [diverse dal carcere]". Vero è che la Corte costituzionale per introdurre l'eccezione ha fatto ricorso ad una sentenza formalmente "additiva", ma è altrettanto vero che la modifica così proposta ha determinato un effetto fortemente manipolativo, di tipo sostitutivo, imponendo, di fatto, la presunzione "relativa" in luogo di quella "assoluta". Manipolazione che ha inciso su una fattispecie regolata, regolandola diversamente, e non già su una situazione all'origine non disciplinata: è come se le norme in materia siano state finora dichiarate incostituzionali in quanto prevedono la presunzione "assoluta" *anziché* la presunzione "relativa" di adeguatezza della custodia carceraria (se si vuole, nella parte in cui prevedono che la custodia carceraria "è applicata" anziché "è preferita").

Se si accetta la predetta ricostruzione, non può che rilevarsi che la "lacuna" è nella specie quella creata e al contempo colmata dalla Corte costituzionale con riferimento alle singole fattispecie scrutinate. Il che accade, appunto, quando si utilizzano le sentenze sostitutive, che equivalgono sempre ad un accoglimento parziale accompagnato da addizione.

Nei casi non compresi nelle specifiche decisioni costituzionali la statuizione positiva (la custodia carceraria "è applicata") resta, facendo mancare il presupposto per l'applicazione dell'analogia. Se, diversamente, la lacuna vi fosse stata *ab origine*, questa, permanendo nel sistema, si sarebbe prestata ad essere colmata utilizzando direttamente, anche per altri casi analoghi, l'addizione introdotta dalla Corte costituzionale. Salvo a ritenere, ovviamente, che la lacuna "creata" dalla Corte trascenda lo specifico caso e si presti ad essere trattata alla stregua di una lacuna presente *ab origine* nel sistema. Ma si tratterebbe, a quel punto, di estendere in via analogica, ancor prima che l'addizione operata dalla Corte, la stessa lacuna da quest'ultima "creata"!

Per estendere il principio enucleato dalla Corte costituzionale anche rispetto al delitto di violenza sessuale di gruppo la Cassazione ha, insomma, non già colmato una lacuna, implicante la mancata regolazione del caso da decidere, ma finito per sostituire, disapplicandolo, un disposto presente nell'ordinamento atto a qualificarlo direttamente. È questa l'unica ragione che mi induce a criticare la sentenza della Cassazione e a ribadire che si è posta "oltre i confini dell'interpretazione conforme

⁴³ Sui presupposti per il ricorso all'analogia richiamo l'insegnamento di L. CAIANI, *Analogia (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, 349. Così l'illustre Autore sintetizza le condizioni necessarie perché si abbia ricorso all'analogia: "1) che manchi una norma giuridica positiva e vigente atta a qualificare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere; 2) che sia possibile ritrovare una o più norme positive ... ovvero uno o più principi giuridici il cui valore qualificatorio sia tale che le rispettive conseguenze giuridiche possano essere 'estese' o 'applicate' al caso originariamente non previsto sulla base dell'accertamento di un rapporto di somiglianza o affinità tra alcuni elementi ... di quella non regolata".

a Costituzione”. Spetterà di nuovo alla Corte costituzionale ristabilire nella specie quei confini, essendo stata chiamata dal Tribunale di Salerno – Sezione del riesame – a pronunciarsi proprio sull’art. 275, comma 3, cod. proc. pen., nella parte in cui impone l’applicazione della misura della custodia cautelare in carcere in relazione all’art. 609-octies cod. proc. pen. per contrarietà agli artt. 3, 13, primo comma, e 27, secondo comma, Cost.⁴⁴. È fin troppo agevole presagire il risultato al quale la Corte costituzionale perverrà: l’ennesima dichiarazione di incostituzionalità in quanto la norma censurata prevede una presunzione assoluta anziché relativa. Esito peraltro indicato in una pronuncia costituzionale successiva a quella della Cassazione sulla violenza sessuale di gruppo, la [n. 110 del 2012](#), ove si legge, con specifico riguardo al disposto dell’art. 275, comma 3, cod. proc. pen., quanto segue: “le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate”; “la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell’interpretazione costituzionalmente conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l’effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre”. Proprio in ragione di tale sopravvenuta pronuncia, il Tribunale di Salerno ha ritenuto “non più possibile una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 275 cod. proc. pen. ... per sostenere una presunzione relativa di adeguatezza del solo carcere”, secondo quanto indicato invece della Cassazione. Sarà così la Corte costituzionale a chiudere di nuovo la partita, consolidando il risultato già raggiunto dal giudice di legittimità (condiviso nel merito ma non nel metodo⁴⁵) attraverso la sostituzione, imposta con sentenza di accoglimento, della presunzione assoluta con la presunzione relativa anche riguardo al reato di violenza sessuale di gruppo.

5. *Brevissime considerazioni conclusive, alla luce dei casi esaminati*

Nella prima vicenda qui sinteticamente ricostruita (calcolo dei termini massimi della custodia cautelare) è la Corte costituzionale che sembra andata oltre i confini dell’interpretazione conforme a Costituzione, insistendo affinché i giudici interpretassero il disposto normativo in un modo da loro ritenuto evidentemente improbabile, difficile, se non impossibile (per la presunta irresistibile

⁴⁴ [Ordinanza del 21 agosto 2012, n. 240](#).

⁴⁵ Come evidenziato da M. CHIAVARIO, *Merito e metodo*, cit., 2, le perplessità suscitate dalla sentenza della Cassazione riguardano lo strumento da essa prescelto per arrivare ad applicare la presunzione relativa al reato di violenza sessuale di gruppo: “il criterio interpretativo – per giungere a dare alla norma *de qua* un significato diverso da quello che si ricava dalla sua formulazione – risulta desunto da una trasposizione di principi, quali enunciati da una sentenza costituzionale, che però suona, di per sé, come dichiarativa d’illegittimità della stessa disposizione in quanto riferita ad altre fattispecie di reato”. Per arrivare a questo risultato – trasformare anche con riguardo a tale fattispecie la presunzione “assoluta” in “relativa” – la Corte di cassazione avrebbe dovuto chiamare in causa la Corte costituzionale, sollecitando una pronuncia in tal senso di quest’ultima.

resistenza del testo alla lettura suggerita dal giudice delle leggi). Nella seconda vicenda (applicazione della c.d. presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria per il reato di violenza sessuale di gruppo) è la Corte di cassazione a superare quei confini, spacciando per interpretazione conforme quella che è un'estensione analogica (di una regola ricavabile da precedente pronuncia costituzionale) non consentita per assenza di specifica lacuna.

Ma in entrambe le vicende è la Corte costituzionale che ha avuto e avrà l'ultima parola: nel primo caso chiudendo la partita con una sentenza additiva, nella quale, preso atto del mancato consolidamento di quella che era, a suo giudizio, l'interpretazione conforme a Costituzione del disposto normativo, integra il testo con una regola, ancorché già ritenuta ricavabile dall'originaria formulazione, idonea a garantire il minore sacrificio necessario della libertà personale; nel secondo caso attraverso la presumibile ennesima pronuncia additiva a valenza sostitutiva rivolta ad assicurare anche per il delitto di violenza sessuale di gruppo la c.d. presunzione relativa in luogo di quella assoluta. È la riprova del fatto che la Corte costituzionale ha e continua ad avere gli strumenti per "riparare" ad eventuali errori di valutazione suoi o degli altri giudici nell'utilizzo del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione. Anche di ciò – del fatto che la Corte costituzionale conserva comunque l'"ultima parola" – bisogna tener conto prima di archiviare l'esperienza dell'interpretazione conforme a Costituzione come pratica (troppo) rischiosa per la tenuta del sindacato accentrato di costituzionalità⁴⁶. Che l'interpretazione costituzionale – qui riguardata come "interpretazione conforme a Costituzione" – sia ormai "diffusa" tra i giudici non significa, insomma, che sia venuta meno la fondamentale distinzione "funzionale" tra questi e la Corte costituzionale, alla quale sola spetta il potere di dichiarare l'incostituzionalità delle norme⁴⁷. È su quest'ultimo piano – quello dell'annullamento delle disposizioni (o delle norme) incostituzionali – che la Corte può in ultima istanza imporsi, se del caso facendo prevalere la sua "interpretazione decisoria" (la "c.d. ultima parola") ove "l'interpretazione costituzionale ... si sia rivelata insufficiente ad eliminare le incompatibilità tra disciplina legislativa di una fattispecie e i principi costituzionali"⁴⁸.

⁴⁶ Come sottolineato da G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 380, "i rischi esistono sempre e dappertutto ... Ma, a meno di negare: alla Costituzione il carattere di norma giuridica, all'ordinamento giuridico il carattere di sistema unitario; alla giurisdizione il compito di applicare direttamente le norme di questo sistema ai rapporti controversi in giudizio; a meno di spezzare l'ordinamento e di isolare la Costituzione dal resto delle norme giuridiche; a meno di escludere integralmente l'interpretazione conforme: a meno di un passo indietro di questo genere, verso una concezione della Costituzione come non-diritto o come diritto politico, il coinvolgimento costituzionale dei giudici è fuori discussione. Coinvolgimento nell'applicazione della Costituzione, ma non al punto per cui, per applicare la Costituzione, si disapplica la legge. Qui deve entrare in campo la Corte costituzionale per mezzo della questione di costituzionalità. Questo è il punto d'equilibrio che deve essere salvaguardato e, se e in quanto lo sia, non si può parlare di 'sindacato diffuso' e di travalicamento dei poteri riservati alla Corte costituzionale".

⁴⁷ Il punto è messo in particolare evidenza da F. MODUGNO, *Alcune riflessioni a margine*, cit., 282 (si veda, in particolare, il passo riportato *supra* in nota 25).

⁴⁸ F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit., 273.

Volendo allora conclusivamente rispondere, sia pure da un limitatissimo angolo visuale, alla domanda posta nel titolo del libro, mi sembra si possa dire che il sindacato di costituzionalità in Italia vada in una direzione che prevede un coinvolgimento dei giudici ben diverso e maggiore da quello originariamente preconizzato, rendendoli, attraverso gli strumenti dell'interpretazione, attori di un processo che vede la Costituzione pervadere l'ordinamento "in modo molecolare", entrare in tutte le norme dello stesso e quindi caratterizzarle, conformarle⁴⁹. Ciò significa senz'altro dire che la Costituzione non è appannaggio esclusivo della Corte costituzionale, ben potendo (anzi, dovendo) i giudici comuni dare il massimo spazio alla "possibilità, anche remota, di leggere il testo in modo costituzionalmente orientato"⁵⁰. Ma ciò non significa, ancora, che il sindacato di costituzionalità perda la sua valenza di controllo accentrato, permanendo peraltro nel sistema strumenti idonei a contenere e stigmatizzare gli "eccessi" nei quali eventualmente incorrano i giudici⁵¹.

⁴⁹ Così G. SILVESTRI, *Intervento*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, cit., 323.

⁵⁰ A. D'ATENA, *Conclusioni. Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, cit., 348, che richiama sul punto le note riflessioni di C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA. VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160.

⁵¹ Secondo G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 380 s., "invece di parlare di 'sindacato diffuso' per bollare l'interpretazione conforme ... si tratta di prendere sul serio l'espressione: diritto come cura di molti. I 'molti' sono il legislatore, i giudici, la Corte costituzionale: il legislatore che pone la legge, *sotto* la Costituzione; i giudici che l'interpretano e l'applicano *secondo* la Costituzione; la Corte che eventualmente l'annulla quando è *contro* la Costituzione. Tutti hanno il loro posto, anche se tutti possono andare fuori posto. Ma in tal caso, sono previsti rimedi, in un sistema circolare di condizionamenti: la sentenza del giudice è sottoposta al controllo della Corte di cassazione che, in ultima istanza, deve assicurare l'uniformità della giurisprudenza; l'interpretazione consolidata della legge non sfugge al controllo della Corte costituzionale, nella forma del diritto vivente; l'interpretazione della legge che venga dai giudici comuni o dalla Corte costituzionale, è a sua volta superabile dal legislatore per mezzo di leggi d'interpretazione del diritto vigente, a loro volta ricadenti nella 'macchina delle interpretazioni' e dei controlli, secondo il moto circolare anzidetto. Su tutto però – almeno fino a che non intervenga il legislatore con la sua parola definitiva, cioè con la legge di revisione costituzionale che tutto il vecchio travolge in vista del nuovo – domina la dichiarazione d'incostituzionalità della legge come tale, dichiarazione che pone fine al moto circolare. Questo è il monopolio della Corte, che le questioni d'interpretazioni non possono mettere fuori gioco".