

FATTI EXTRA ORDINEM. L'INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE AL TEMPO DEL COVID-19 (*)

di Damiano Canale

Traendo spunto da una sentenza della Cassazione penale del luglio 2020, il saggio esamina alcune linee evolutive nell'uso delle tecniche interpretative da parte della giurisprudenza italiana di riflesso dall'emergenza sanitaria scatenata dalla pandemia da Covid-19. Il saggio si sofferma, in particolare, sulla caratterizzazione della pandemia come "fatto extra ordinem" che giustificherebbe l'adozione di tecniche interpretative ad hoc, e sulla qualificazione del bilanciamento come una forma di interpretazione adeguatrice. La tesi sostenuta nel saggio è che l'equiparazione tra bilanciamento e interpretazione adeguatrice, qualora venisse generalmente accettata dalla giurisprudenza, genererebbe una "iper-costituzionalizzazione" dell'ordinamento, fenomeno i cui effetti vengono considerati criticamente.

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. La motivazione. – 3. Un nuovo contenuto minimo di diritto naturale. – 4. Verso una iper-costituzionalizzazione dell'ordinamento?

1. Il problema.

Molto si è riflettuto sull'impatto che l'emergenza Covid-19 sta avendo sul diritto e sulla prassi giuridica in Italia. L'aspetto che più di ogni altro ha attirato l'attenzione, ovviamente, è costituito dalla legittimità del ricorso a provvedimenti emergenziali per limitare le libertà individuali, la compatibilità di questi provvedimenti con le garanzie costituzionali, e dunque, più in generale, il fondamento giuridico dei poteri esercitati dal governo, dalle regioni, dai sindaci, oltre che da organismi tecnici *ad hoc*, al fine di ridurre il contagio. Senza misconoscere la rilevanza di questi temi, la crisi pandemica ha tuttavia generato altri fenomeni interessanti all'interno dell'ordinamento italiano, fenomeni sui quali meno si è riflettuto e che meritano invece attenzione. La loro osservazione consente infatti di porre in evidenza alcune "linee di fuga" di più ampio respiro nell'evoluzione del diritto contemporaneo, non riducibili alla situazione contingente.

Tra queste linee evolutive, mi soffermerò nelle pagine che seguono sull'impatto che la pandemia sta avendo sulle tecniche interpretative e argomentative delle corti. Se

(*) Versione ampliata e annotata della relazione tenuta presso la Scuola di dottorato in Scienze giuridiche dell'Università di Salerno il 19 febbraio 2021. L'Autore è grato a Giovanni Bisogni, Gianmarco Gometz, Geminello Preterossi, Francesco Mucciarelli e Vito Velluzzi per le loro osservazioni.

osserviamo la giurisprudenza italiana dell'ultimo anno, è facile osservare come la crisi sanitaria, sociale ed economica che sta affliggendo il nostro paese sia stata percepita dai giudici come un "evento eccezionale" anche dal punto di vista giurisprudenziale. L'eccezionalità di questo evento consiste innanzitutto nel fatto che la sua gestione richiederebbe azioni che eccedono le tecniche ordinarie di governo giuridico della società, poiché tali tecniche, e le ragioni che le giustificano, non sono in grado di proteggere i diritti e gli interessi dei loro destinatari. Ed è la natura stessa, l'evento pandemico, a indurre gli attori istituzionali a superare la soglia che separa ciò che ordinario da ciò che non lo è. Detto in altri termini, la natura genera uno spazio entro il quale è la stessa pandemia, apparentemente, a dettare le regole del gioco.

Quello che la giurisprudenza sembra impegnata a fare è "urbanizzare" l'eccedenza pandemica nel tentativo di ricondurre il suo governo entro concetti e schemi argomentativi familiari, consolidati nella prassi giuridica. È interessante notare, tuttavia, che il tentativo dei giudici di integrare l'anomalia pandemica entro le categorie giuridiche tradizionali rischia di innescare uno scarto, una sorta di mutazione genetica in quelle stesse categorie alle quali l'anomalia vorrebbe essere ricondotta. Ricorrendo a una metafora, potremmo dire che l'interiorizzazione dell'eccezione al diritto, e ai suoi meccanismi ordinari di governo della società, assume le sembianze dell'inoculazione di un virus che potrebbe modificare in modo permanente l'evoluzione dell'ordinamento.

Per mostrare tutto ciò, prenderò le mosse da una pronuncia della III sez. della Corte di cassazione penale del 2 luglio 2020¹. Il tema centrale affrontato dai giudici in questa pronuncia è la legittimità costituzionale della sospensione della prescrizione del reato – prevista dall'art. 83, co. 4, del Decreto Legge n. 18/2020, successivamente convertito nella legge n. 27 del 24 aprile 2020 – quale misura di emergenza a seguito dalla paralisi dei tribunali e degli uffici giudiziari nella fase di massima incidenza della pandemia. Più precisamente, il principale quesito al quale la III sez. risponde in questa decisione è il seguente: la sospensione temporanea del decorso della prescrizione per i procedimenti e i processi penali in corso, viola o meno il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole sancito dall'art. 25, co. 2, della costituzione?

Si potrebbe infatti ritenere che prima il governo e poi legislatore, mediante le disposizioni richiamate in precedenza, abbiano introdotto una causa di sospensione della prescrizione non conoscibile da parte dell'imputato al momento della commissione del fatto, e tale da determinare un pregiudizio a suo carico in palese contrasto col principio di irretroattività della legge penale sfavorevole. La decisione che esamineremo è interessante poiché i giudici giungono ad affermare che la crisi pandemica è un "fatto extra ordinem" che impone di discostarsi dai canoni tradizionali di interpretazione dei testi normativi. L'emergenza pandemica esige cioè che la legge e la costituzione vengano interpretate in modo diverso rispetto al passato, al punto da ricavare da esse norme che, in assenza della pandemia, non troverebbero giustificazione nell'ordinamento.

Per discutere questa tesi, proverò a ripercorrere l'iter argomentativo percorso dai giudici nella motivazione della sentenza, evidenziando i suoi passaggi più significativi.

¹ Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2020, n. 21367.

Mi soffermerò poi su due questioni centrali all'interno della decisione, cercando di mettere in rilievo alcuni loro profili filosofico-giuridici: in primo luogo, l'idea di pandemia come "fatto extra ordinem" di per sé idoneo a produrre effetti giuridici; in secondo luogo, la nozione di bilanciamento dei principi, a cui la Corte fa ricorso per giungere a sostenere che la sospensione temporanea della prescrizione non è illegittima sotto il profilo costituzionale.

Vale la pena sottolineare fin da subito che il percorso interpretativo delineato nella sentenza qui in esame si è ad oggi dimostrato privo di alcun seguito nella giurisprudenza. Altre corti si sono interrogate sul medesimo tema nel corso dell'ultimo anno. Prima della pronuncia della III sez. della Cassazione penale, i tribunali di Siena, Spoleto, Crotone e Roma avevano sollevato di una questione di legittimità costituzionale con riguardo all'art. 83, co. 4, del Decreto Legge n. 18/2020, sostenendo la non manifesta infondatezza del conflitto tra tale disposizione e l'art. 25, co. 2, della costituzione. La Corte costituzionale, nella sentenza del 23 dicembre 2020, ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata dai giudici *a quo*, sulla base tuttavia di ragioni assai diverse da quelle esibite dalla III sez. della Cassazione penale². Successivamente alla pronuncia alla quale sono dedicate queste pagine, la V sez. della Cassazione penale, pur giungendo alle medesime conclusioni, ha inoltre implicitamente criticato l'iter argomentativo della III sez., proponendo una diversa interpretazione delle disposizioni in esame³. Da qui l'intervento della Sezioni Unite, che hanno fatto proprio il punto di vista, rispettivamente, della Corte costituzionale e della V sez., di fatto censurando i giudici della sez. III⁴.

Nondimeno, la sentenza di cui ci occupiamo è interessante perché offre uno spaccato del modo di ragionare dei giudici di legittimità assai significativo nel contesto contemporaneo e con ogni probabilità destinato ad avere ulteriori sviluppi in contesti normativi diversi da quello della disciplina della prescrizione. Si tratta di un trend evolutivo della giurisprudenza italiana che potremmo denominare "iper-costituzionalizzazione" dell'ordinamento. Ma su questo torneremo a tempo debito.

2. La motivazione.

Come alcuni commentatori hanno giustamente sottolineato, il caso sul quale verte la pronuncia della III sez. penale è particolarmente odioso⁵: si tratta della vicenda di una donna affetta da grave invalidità psico-fisica che subì in modo continuato abusi sessuali sul luogo di lavoro tra il 2000 e il 2012. Tra i motivi del ricorso avverso la sentenza di condanna in secondo grado, il ricorrente lamenta la mancata declaratoria di prescrizione da parte dei giudici d'appello con riguardo ad alcuni reati da lui commessi. A questa altezza del discorso, entra in gioco il problema della non manifesta

² C. cost., 23 dicembre 2020, n. 278.

³ Cass. pen., V sez., 7 settembre 2020, n. 25222.

⁴ Sez. Unite pen., 10 febbraio 2021, n. 5292.

⁵ Cfr. GATTA (2020), § 3.

infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 83, co. 4, della legge n. 27 del 2020, il quale disponeva, come abbiamo visto, la sospensione temporanea del decorso della prescrizione, che i giudici di legittimità ritengono rilevante con riguardo al caso di specie.

Per affrontare il problema, la III sez. si interroga innanzitutto sulla natura dell'istituto della prescrizione nell'ordinamento italiano, facendo proprie le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale a ridosso della vicenda Taricco⁶. Nell'ordinamento italiano, l'istituto della prescrizione del reato ha una natura pienamente sostanziale che incide sulla punibilità della persona; vanno dunque applicate le garanzie previste dall'art. 25, co. 2, della costituzione. Anche con riguardo alla disciplina della prescrizione, detto altrimenti, vale il principio di stretta legalità, e dunque di sufficiente precisione e determinatezza della fattispecie, e il principio di prevedibilità della pena: l'imputato, prima della commissione del fatto, deve essere posto nella condizione di prevedere quando verranno prescritti i reati a lui attribuiti. Il problema diventa dunque stabilire se sia possibile una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 83, co. 4, tale da rendere la sospensione temporanea del decorso della prescrizione conforme alla costituzione⁷.

È il caso di ricordare che con l'espressione "interpretazione conforme" o "adeguatrice" si fa comunemente riferimento a un'operazione ermeneutica complessa, che comporta l'interpretazione di due disposizioni: la disposizione legislativa oggetto del giudizio di costituzionalità, e la disposizione costituzionale assunta come parametro di tale giudizio. Mediante l'interpretazione conforme o adeguatrice, il giudice attribuisce alla disposizione di rango legislativo un significato, tra quelli che la disposizione può esprimere in base ai canoni interpretativi e alle tesi dogmatiche accettate nell'ordinamento, che non confligge col significato contestualmente attribuito alla disposizione costituzionale. Laddove, a giudizio del giudice, un tale significato non vi sia, la questione di costituzionalità non può dirsi manifestamente infondata e va rimessa al giudizio della Corte costituzionale. Nel caso, invece, un significato conforme sia chiaramente individuabile, spetta al giudice attribuirlo alla legge in sede di giudizio, senza rimettere la questione alla Consulta⁸.

Nel caso in esame, la III sez. ritiene, in prima battuta, che una interpretazione conforme non sia possibile. L'art. 83, co. 4, della legge 27/2020 è chiaramente in conflitto con l'art. 25, co. 2, della costituzione, laddove queste disposizioni vengano interpretate in base ai canoni usualmente adottati dalla giurisprudenza. È cioè indubbio che la

⁶ "Un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza" (C. cost., 31 maggio 2018, n. 115, § 10). La sentenza Taricco, citata dalla III sez. della Cassazione penale, ha in realtà consolidato un orientamento già prevalente in Italia, tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, con riguardo alla natura sostanziale della prescrizione del reato. Si veda C. cost. n. 324/2008, 294/2010, 236/2011, 143/2014, 45/2015. Un quadro storico e dogmatico d'insieme sul tema, anche in chiave comparata, è fornito da SILVANI (2009).

⁷ Cass. pen., sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367, § 6.4.

⁸ Vedi sul punto CANALE e TUZET (2019), pp. 144 ss.

sospensione del decorso della prescrizione violi il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, estendendo nel tempo la pretesa punitiva dello Stato nei confronti del condannato per effetto di una legge intervenuta successivamente alla commissione del fatto. Ciò emerge, innanzitutto, da una interpretazione letterale e sistematica dell'art. 83, co. 4, come pure dall'interpretazione consolidata dell'art. 25, co. 2, della costituzione, il quale, come ribadito dalla Corte costituzionale, costituisce un principio inderogabile dell'ordinamento che estende le sue tutele alla prescrizione del reato.

Con una mossa a sorpresa, tuttavia, i giudici della III sez. affermano che una interpretazione conforme dell'art. 83, co. 4, diventa possibile nel caso si utilizzino canoni interpretativi *diversi* da quelli comunemente adottati. Se applichiamo nuove direttive per interpretare la legge e la costituzione, detto altrimenti, è possibile giungere alla conclusione che la sospensione emergenziale della prescrizione è legittima sotto il profilo costituzionale.

Ma può il giudice far ricorso a nuovi canoni interpretativi per risolvere una controversia? Canoni che i giudici non hanno mai usato prima, né ritenevano poter essere applicati, in quel contesto normativo? Secondo la III sez., la risposta è affermativa. Sono la pandemia e la stessa costituzione ad imporlo:

La situazione di fatto generatasi a seguito della diffusione dell'epidemia, che entra prepotentemente nell'ordinamento giuridico, come fatto eccezionale, mette in luce i limiti [dell']interpretazione delle norme con le ordinarie categorie giuridiche e con ricorso a schemi interpretativi o procedure predeterminate. L'esegesi della norma e la sua interpretazione, nel quadro dei principi costituzionali, non può essere condotta seguendo canoni già percorsi, ma deve, in qualche misura, fare i conti con la capacità adattiva delle norme e dei principi costituzionali di fronte alla situazione di emergenza generatasi da un fatto esogeno, estraneo all'ordinamento giuridico⁹.

In che modo, potremmo chiederci, il fatto *extra ordinem* della pandemia “entra prepotentemente nell'ordinamento giuridico”, imponendo addirittura al giudice di interpretare le disposizioni normative in modo nuovo? Secondo la Corte, “il diretto fondamento costituzionale dell'emergenza si individua nei tradizionali principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*”¹⁰: è l'esigenza di tutelare questi principi, ricavati per via interpretativa dagli articoli 2 e 32 Cost., ad imporre al giudice di legittimità di modificare il modo cui egli interpreta la legge e la costituzione. La pandemia “entra nell'ordinamento”, detto altrimenti, poiché genera una situazione di fatto che condiziona la gerarchia delle tutele costituzionali, facendo prevalere, nel caso in esame, l'interesse collettivo alla vita e alla salute pubblica rispetto ad altri interessi e diritti costituzionalmente protetti. Non solo: la tutela del *primum vivere* e della *salus rei publicae* impone al giudice impegnato in una interpretazione conforme di utilizzare canoni ermeneutici che gli consentano di “adattare” il significato dei testi normativi a tale esigenza di tutela. Per quanto riguarda l'interpretazione della costituzione, il canone ermeneutico che meglio consente di raggiungere questo scopo è, secondo i giudici della

⁹ Cass. pen., sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367, § 6.4.

¹⁰ *Ibidem*.

III sez., il bilanciamento dei principi, tecnica ben nota ai giuristi ma che tradizionalmente non fa parte della “cassetta degli attrezzi” del giudice di legittimità, e che la Corte costituzionale ha ritenuto non applicabile all’art. 25, co. 2, della costituzione.

È il caso anche qui di ricordare che il bilanciamento è una tecnica ermeneutica complessa che coinvolge perlomeno tre disposizioni normative: la legge oggetto del giudizio di costituzionalità, e due o più principi costituzionali concorrenti che fungono da parametro in tale giudizio. Muovendo dall’interpretazione di queste disposizioni, il bilanciamento prevede una comparazione valutativa tra gli effetti prodotti dall’applicazione della norma legislativa sulla protezione dei principi costituzionali concorrenti; un confronto che, in senso stretto, non ha un carattere interpretativo. A prescindere dalle modalità con le quali tale confronto viene operato, che dipendono dal modello di bilanciamento adottato dal giudice, questa tecnica consente di giustificare la riduzione dell’ambito di applicazione di un principio, laddove questa sia funzionale alla protezione di un altro principio parimenti tutelato. Nel caso di specie, in particolare, il bilanciamento consente di determinare se e in che misura il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, col quale la sospensione temporanea della prescrizione è *prima facie* in conflitto, possa essere legittimamente “modulato” di riflesso all’esigenza di proteggere i principi di tutela della vita e della salute pubblica¹¹. Richiamando un’espressione di Gustavo Zagrebelsky, grazie alla tecnica del bilanciamento il principio di irretroattività diventa cioè “tollerante”¹², giungendo ad ammettere forme attenuate di tutela ove sia in gioco la contemporanea tutela di principi concorrenti. Afferma infatti la Corte che

come osservato da una autorevole dottrina, nessun principio può avanzare la pretesa di valere fino ad annullare gli altri. Deve essere ricercata una formula di composizione, o quantomeno, di convivenza, che individua un metaprincipio, una *Grundnorm*¹³.

E tale *Grundnorm* consiste nei criteri di ragionevolezza e proporzionalità che caratterizzano il modello di bilanciamento elaborato dalla giurisprudenza italiana.

L’innovazione delle tecniche interpretative resa necessaria dall’emergenza pandemica non coinvolge solo la costituzione ma anche la legge ordinaria; nel caso di specie, l’art. 83, co. 4, della legge 27/2020. Anche con riguardo a questa disposizione, la pandemia viene qualificata come un “fatto extra ordinem” che condiziona il modo in cui la disposizione deve essere interpretata:

¹¹ Secondo la III sez., spetta al giudice indagare “se e con quali limiti, l’art. 25 comma 2 Cost., nella parte in cui impone l’irretroattività della norma introduttiva di una nuova causa di sospensione della prescrizione, possa manifestare la sua capacità adattiva alla necessità di far fronte al pericolo generato da quell’evento eccezionale. E ciò in quanto tale evento esogeno risulta potenzialmente lesivo di altrettanti diritti di rango costituzionale, tra cui certamente vi è il diritto alla vita e alla salute” (Cass. pen., sez. III, 2 luglio 2020, n. 21367, § 6.4).

¹² Cfr. ZAGREBELSKY e MARCENÒ (2018), p. 129. Il punto è stato opportunamente sottolineato da GATTA (2020).

¹³ Cass. pen., sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367, § 6.4.

L'itinerario interpretativo dell'art. 83, comma 4, deve seguire canoni ermeneutici che non possono prescindere dalla circostanza che la legge è intervenuta in una peculiare situazione emergenziale. L'epidemia che ha colpito il nostro paese è un fatto *extra ordinem* che ha reso necessaria l'adozione di molto drastiche misure di limitazione dei movimenti fisici delle persone, allo scopo di evitare la diffusione del contagio [...]. L'interpretazione secondo le ordinarie categorie giuridiche è messa in crisi da [questo] fatto *extra ordinem*¹⁴.

I giudici sembrano qui sostenere che i tradizionali canoni dell'interpretazione letterale e sistematica, gerarchicamente sovraordinati ad altri canoni interpretativi nel contesto penalistico¹⁵, devono lasciare il posto all'uso del canone dell'interpretazione teleologica. È lo scopo perseguito dalla disposizione, che consiste nel fronteggiare l'evento eccezionale della pandemia, a doverne dettare l'interpretazione. Se infatti il primato ordinariamente riconosciuto nel diritto penale ai canoni letterale e sistematico è funzionale a fornire massima garanzia ai principi di certezza e stretta legalità - che sempre nell'art. 25, co. 2, Cost. trovano fondamento - laddove tali principi diventino "tolleranti", ammettendo forme attenuate di tutela, diversi saranno parimenti i canoni che devono guidare l'interpretazione della legge penale. E ciò al fine di conseguire lo scopo del contenimento dei contagi, giustificato dai principi costituzionali del *primum vivere* e della *salus rei publicae*.

A quali conclusioni consentono di giungere, rispettivamente, l'uso del canone teleologico e della tecnica del bilanciamento con riguardo alle disposizioni in gioco nel caso di specie? Per quanto riguarda l'art. 83, co. 4, della legge 27/2020 – sostiene la III sez. – il carattere circoscritto e temporaneo che caratterizza lo scopo della norma impedisce che la sospensione del decorso della prescrizione possa essere ricondotta, sotto il profilo sistematico, all'art. 159 c.p., in base al quale "il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o del termine di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge". Nell'aprile del 2020 il legislatore non ha semplicemente introdotto nell'ordinamento una nuova causa di sospensione della prescrizione ex art. 159 c.p. Se così fosse, dovremmo dubitare della legittimità costituzionale dello stesso art. 159, il quale consentirebbe al legislatore di introdurre in qualsiasi momento deroghe al principio di irretroattività. Per evitare l'insorgere di una antinomia con l'art. 25, co. 2, Cost., la "particolare disposizione di legge" menzionata nell'art. 159 c.p. va dunque intesa come una disposizione emanata in un tempo precedente alla commissione del fatto, e non in un tempo successivo, come nel caso dell'art. 83, co. 4, della legge 27/2020. Da ciò segue che quest'ultima disposizione non si presta ad essere interpretata sulla base della sua relazione sistematica con l'art. 159 c.p. Essa va piuttosto interpretata in modo da garantire il raggiungimento dello scopo circoscritto e temporaneo perseguito dal legislatore, quello di arginare la pandemia, e alla luce di tale scopo va valutata la sua legittimità costituzionale.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cfr. HASSEMER (1997), pp. 178 ss. Sull'inaggirabile rilevanza e pervasività del momento interpretativo nel campo del diritto penale ha insistito, con particolare efficacia, ZACCARIA (2012), cap. 1, § 3.

Con riguardo invece al bilanciamento dei principi, la III sez. fa innanzitutto proprie le considerazioni formulate dalla Corte costituzionale in occasione della sentenza Ilva del 2013:

La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretesa di assolutezza di nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale¹⁶.

Sulla base di questo precedente, la III sez. non adotta un modello di bilanciamento “categoriale” o “definitorio” ma fa ricorso a un bilanciamento *ad hoc*: mentre il primo modello prevede che il conflitto tra principi venga risolto applicando un criterio generale e astratto, applicabile anche in casi futuri, in base al secondo modello il conflitto va risolto caso per caso, alla luce degli interessi e delle circostanze rilevanti nel caso concreto. Sebbene il criterio del bilanciamento sia “dinamico e non prefissato in anticipo”, non lo è tuttavia la struttura del giudizio, che si articola in due momenti. Va accertata, in primo luogo, la ragionevolezza della disposizione normativa oggetto del controllo di costituzionalità, vale a dire la sua idoneità a proteggere un interesse o un diritto costituzionalmente garantito. In secondo luogo, va determinato se il valore attribuito alla realizzazione di tale diritto, ottenuta mediante l’applicazione della norma legislativa, sia proporzionale alla mancata protezione del diritto concorrente, in modo tale che “il nucleo essenziale” dei diritti in gioco non venga sacrificato¹⁷. Nel caso di specie, la Corte deve cioè determinare se i vantaggi per la tutela della vita e della salute pubblica derivanti dalla sospensione della prescrizione siano maggiori rispetto agli svantaggi derivanti dalla compressione del principio di irretroattività, e se tale sospensione non pregiudichi il nucleo essenziale dei diritti che tale principio protegge¹⁸. Mediante l’applicazione di tali criteri, a quale conclusione giunge dunque i giudici? Considerando che la norma espressa dall’art. 83, co. 4, della legge 27/2020 è ragionevole rispetto allo scopo perseguito dal legislatore (arginare la pandemia), e che la compressione del principio di irretroattività è proporzionale ai vantaggi che la norma garantisce, poiché la misura legislativa è generale e temporanea, e dunque non intacca il nucleo essenziale dei diritti del condannato, è giustificato ritenere che la norma legislativa è conforme alla costituzione. La sospensione emergenziale del decorso della

¹⁶ Cass. pen., sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367, § 6.6. Il precedente qui richiamato è C. cost., 9 aprile 2013, n. 85, § 9.

¹⁷ Cfr. CARTABIA (2013). Si veda anche PINO (2010), cap. VII.

¹⁸ È stato notato come il “nucleo essenziale” di un diritto costituzionale, vale a dire il suo ambito di applicazione minimo, non è predeterminato alla decisione del giudice ma costituisce, a sua volta, l’esito di un giudizio di proporzionalità. Vedi sul punto PINO (2007), p. 240.

prescrizione, detto altrimenti, “comporta una limitazione giustificabile [...] del principio di irretroattività della legge penale di sfavore”¹⁹.

A conclusione di questa analisi, va ribadito che il percorso ermeneutico appena descritto è stato successivamente censurato tanto dalla stessa Corte di cassazione quanto dalla Corte costituzionale. Così come la III sez., anche la V sez. penale è giunta ad affermare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità relativa alla sospensione emergenziale della prescrizione, riconducendo tuttavia la disciplina nell'alveo dell'art. 159 c.p. Secondo i giudici della V sez., il decreto adottato dal Governo, successivamente convertito in legge, introduce semplicemente una ulteriore causa di sospensione espressamente ammessa dal codice penale e giustificata dalla situazione di emergenza. Laddove venga sospeso il processo, automaticamente deve venir sospesa la prescrizione, senza che questo porti a revocare in dubbio il carattere inderogabile del principio di irretroattività, non suscettibile di alcun bilanciamento. Questo orientamento è stato poi ribadito tanto dalle Sezioni Unite quanto dalla stessa Corte costituzionale, la quale ha stabilito che al momento del fatto l'autore sapeva, o era comunque nella condizione di sapere, ex art. 159 c.p., “che se il procedimento o il processo saranno sospesi in ragione dell'applicazione di una disposizione di legge che ciò preveda, lo sarà anche il decorso del termine di prescrizione”²⁰. Ora si può dubitare che tale argomento sia convincente. Di fatto la Corte costituzionale e le Sezioni Unite hanno ammesso che in un tempo successivo alla commissione del fatto, il legislatore possa intervenire modificando i termini di prescrizione con la presunzione che tale evenienza sia prevedibile da parte dell'imputato. Affermazione, questa, che appare contraddittoria e che comporta un aggiramento di fatto del principio di irretroattività in *malam partem*²¹. La Corte costituzionale assume infatti come prevedibile un evento che per definizione tale non è, vale a dire un provvedimento legislativo emergenziale che sospende il processo e, con esso, il decorso della prescrizione. Mediante questo artificio, la Corte costituzionale ha probabilmente inteso non discostarsi dalla sua giurisprudenza consolidata in materia, e dunque l'inderogabilità dei principi di stretta legalità e di irretroattività della legge penale sfavorevole. Anziché procedere a un *overruling*, che avrebbe prodotto effetti destabilizzanti sul rapporto tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella della Corte di giustizia europea dopo la vicenda Taricco, la Consulta ha preferito procedere a un *distinguishing* giustificato da una interpretazione letterale dell'art. 159 c.p., consentendo al legislatore di derogare al principio di irretroattività nelle situazioni di emergenza. Non minori perplessità, d'altra parte,

¹⁹ Cass. pen., sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367, § 6.7.

²⁰ C. cost., 23 dicembre 2020, n. 278, § 13. In merito alla possibilità di bilanciare il principio di irretroattività con altri principi costituzionali, la Corte osserva quanto segue: “La garanzia del principio di legalità, nel suo complesso (tale perciò da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali) dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che – avendo come contenuto il rispetto del principio di legalità – da una parte non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore, la quale rappresenta un ‘valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali’ (*ibidem*, § 10).

²¹ Si veda sul punto FLICK (2021), pp. 54 ss.

solleva l'argomentazione della III sez. della Cassazione. Anche ammettendo una interpretazione teleologica dell'art. 83, co. 4, appare perlomeno dubbio che la sospensione del decorso della prescrizione sia un mezzo idoneo per conseguire il fine del contenimento del contagio. Se si revoca in dubbio la ragionevolezza della misura rispetto al fine indicato dai giudici, ne segue che il medesimo giudizio di proporzionalità risulta viziato alla radice, a prescindere dal fatto che i vantaggi per la salute collettiva che tale sospensione si presume abbia provocato siano stati effettivamente maggiori del pregiudizio arrecato a chi era sottoposto a un procedimento penale, ammesso e non concesso che un confronto siffatto sia dotato di senso²².

A prescindere da tali osservazioni, vale tuttavia la pena focalizzare l'attenzione su due passaggi chiave della motivazione, particolarmente significativi ai nostri fini: la qualificazione della pandemia come "fatto extra ordinem" suscettibile di produrre effetti normativi nell'ordinamento, e il peculiare utilizzo, nel contesto in esame, della tecnica del bilanciamento.

3. Un nuovo contenuto minimo di diritto naturale.

Abbiamo visto che secondo la III sez. la diffusione pandemica del Covid-19 è un "fatto extra ordinem" che impone ai giudici di applicare direttive interpretative diverse da quelle consuete. Ma in che senso la pandemia costituisce un fatto *extra ordinem*?

L'espressione "fatti *extra ordinem*" sembra rinviare, ad un primo sommario sguardo, al lessico della dottrina delle fonti del diritto e, più precisamente, alla distinzione canonica tra fonti atto e fonti fatto. Per fonti atto, come noto, si intendono le manifestazioni di volontà di soggetti istituzionali idonee a creare, modificare, estinguere norme giuridiche sulla base di norme sulla produzione normativa. Si tratta dunque di manifestazioni di volontà regolate dall'ordinamento con riguardo alle competenze, al procedimento di formazione, alla forma, come pure ai modi in cui sono rese ufficialmente conoscibili e operanti all'interno dell'ordinamento medesimo²³. Le fonti fatto, come la consuetudine e gli usi, non trovano invece origine in una volontà diretta a produrre una norma giuridica. Occorre notare, ad ogni modo, che la tesi secondo cui è l'elemento della volontà a distinguere gli atti dai fatti normativi è stato da tempo revocato in dubbio dalla dogmatica giuridica. Può ben accadere che una consuetudine, ad esempio, trovi origine in azioni volontarie da parte dei consociati. Ciò che conta è "l'esistenza (per l'atto) e l'inesistenza (per il fatto) di una precisa manifestazione di volontà" indirizzata alla produzione di norme²⁴. Ciò vale sia per le fonti derivate o *infra ordinem*, sia per le fonti originarie o *extra ordinem*. In questo secondo caso, l'idoneità di un atto o di un fatto a produrre norme non dipende da altre norme quanto piuttosto dalla circostanza che il prodotto di tali atti o fatti sia generalmente riconosciuto e accettato dai suoi destinatari come una norma giuridica. Con riguardo alle fonti fatto,

²² Per una discussione di questo problema rinvio a CANALE e TUZET (2020).

²³ Cfr. CRISAFULLI (1984), pp. 60 ss.; CARLASSARE (2007), pp. 541 ss.

²⁴ CARLASSARE (2007), p. 541.

siano esse *infra ordinem* o *extra ordinem*, la dogmatica odierna è ad ogni modo concorde nel ritenere che esse siano il risultato di comportamenti o di manifestazioni della volontà umana. Eventi come i terremoti, le pandemie, o qualsiasi altro disastro naturale non sono di per sé idonei a produrre norme. L'idea che tali eventi, in talune circostanze, generino di per sé effetti normativi non è tuttavia estranea alla nostra cultura giuridica.

In un celebre saggio del 1909, Santi Romano osservava che tra le fonti fatto *extra ordinem* va annoverata la "necessità". In talune circostanze, si generano stati di cose dai quali sorge "direttamente e immediatamente, senza incertezze e senza possibilità di sottrarvisi, una norma obbligatoria"²⁵. La necessità generata da una catastrofe naturale va cioè concepita, secondo Santi Romano, come una situazione che "non ha legge" ma "fa legge [...]"; il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto" indipendentemente da qualsiasi deliberazione umana²⁶. Se questo modo di concepire lo stato di necessità presenta profili teorici e filosofici di un certo interesse, sui quali torneremo tra poco, esso non consente tuttavia di dar conto del ragionamento della III sez. della Cassazione penale. Nella sentenza che abbiamo esaminato, i giudici non concepiscono la pandemia come una vera e propria fonte del diritto. La pandemia viene piuttosto tratteggiata come un evento naturale che modifica le risposte che il diritto deve fornire ai problemi sociali, che altera gli equilibri consolidati tra le tutele costituzionali, e impone l'adozione di tecniche interpretative straordinarie. Allo stesso tempo, lo stato di necessità non sembra costituire una situazione oggettiva di per sé idonea a generare norme. Come ha osservato Ballardore Pallieri, "necessarie ed eccezionali sono le circostanze che vengono dichiarate tali"²⁷. La necessità invocata da Romano costituisce in realtà il precipitato di un giudizio politico: un fatto non è di per sé idoneo a generare uno stato di necessità; lo diventa in virtù della decisione di chi esercita il potere politico.

Queste considerazioni conducono esplorare una diversa interpretazione della nozione di "fatto *extra ordinem*" che la riconduce a una nozione più fondamentale, quella di "stato di eccezione". Come nei casi di guerra civile, insurrezione armata e resistenza, la pandemia avrebbe determinato uno stato di eccezione che comporta la sospensione dei processi democratici ordinari, l'accentramento nelle mani dell'esecutivo dei poteri dello Stato, l'adozione di tecniche interpretative straordinarie da parte dei giudici; misure, queste, che consentono di rendere conforme a diritto l'adozione di

²⁵ ROMANO (1909), p. 261.

²⁶ *Ibidem*, p. 260. Evidente appare qui il riferimento al brocardo "Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem" che trova la sua prima formulazione nelle *Sententiae* di Publio Siro (I secolo a.c.). È opportuno ricordare che secondo Romano la necessità costituisce la fonte originaria di tutte le norme di qualsiasi ordinamento, poiché essa manifesta immediatamente, in seno a una comunità umana, l'esigenza di istituzioni giuridiche: "Quando s'indaga il fondamento obbligatorio di una legge, tale fondamento si rinviene in una legge precedente che stabilisce gli organi competenti ad emanarla e i loro poteri. Ma è chiaro in questa ricerca dovremo ad un certo punto arrestarci arrivando ad una prima legge, la quale avrà ricavata la sua forza solo dalla necessità che l'ha determinata. E nella necessità deve rintracciarsi l'origine e la legittimazione dell'istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato con un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione" (*ibidem*, pp. 260-61).

²⁷ BALLADORE PALLIERI (1970), p. 168.

qualsiasi mezzo ritenuto necessario per raggiungere lo scopo della *salus rei publicae*. Nello stato di eccezione, dunque, il diritto perde i suoi caratteri formali ordinari e si converte in una tecnica di governo, di disciplina amministrativa delle vite umane che opera mediante la sospensione dei diritti e delle libertà individuali²⁸. E ciò, si badi bene, non in violazione della costituzione ma a tutela dei valori ultimi da essa garantiti. Appare inevitabile, all'interno di questo diverso contesto interpretativo, il richiamo alla famigerata definizione con cui si apre la *Politische Theologie* di Carl Schmitt: "sovrano è chi decide sullo stato di eccezione"²⁹. È nello stato di eccezione che la sovranità mostra i suoi caratteri distintivi, per un verso sospendendo le architetture formali dell'ordinamento – fissate dalle norme procedurali e di competenza che disciplinano l'esercizio dei poteri pubblici – e, per altro verso, consentendo l'emergere di una nuova articolazione delle forze politiche e sociali che, per mezzo della decisione sovrana, attribuiscono all'ordinamento una forma nuova. Ciò che dal punto di vista formale è "esterno" all'ordinamento viene in tal modo iscritto in esso, diventando fattispecie di produzione normativa. Va da sé, ad ogni modo, che il fatto *extra ordinem* della pandemia non può essere concepito come un momento generativo di un nuovo ordinamento giuridico. Nel lessico schmittiano, esso sembra piuttosto giustificare una forma di "dittatura commissaria" (*kommissarische Diktatur*), che "sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza"³⁰. Una lettura, questa, che sembrerebbe trovare puntuale riscontro nelle parole della III sez. della Cassazione, ove questa afferma che "l'emergenza non sta affatto 'fuori' dalla costituzione. Essa è dalla costituzione non soltanto presupposta, ma contemplata" mediante la protezione dei principi del *primum vivere* e della *salus rei publicae*³¹. La sospensione del principio di irretroattività e l'adozione di canoni interpretativi *ad hoc* segue cioè dall'esigenza di concretizzare dei principi che, come osservava Schmitt, nella costituzione sono già contemplati ma la cui concretizzazione richiede la sospensione del diritto vigente³².

Anche questa ricostruzione, tuttavia, risulta insoddisfacente. Ciò che caratterizza la pandemia in quanto fatto *extra ordinem*, differenziandola da fenomeni come la guerra civile, l'insurrezione o la resistenza al potere costituito, sta nella circostanza che essa non si configura come una forma di agire collettivo che si concretizza, giuridicamente, per mezzo di una decisione sovrana. La pandemia è un mero fatto naturale che non dipende da scelte umane, un fatto dunque privo di una intrinseca valenza politica e giuridica. Ma se così stanno le cose, come può la pandemia condizionare i contenuti dell'ordinamento e giustificare l'adozione di nuovi canoni interpretativi da parte delle corti?

²⁸ Cfr. AGAMBEN (2003), p. 17.

²⁹ SCHMITT (1922), p. 13 (i testi in lingua diversa dall'italiano vengono citati nella traduzione nostra). Vale la pena ricordare che secondo Schmitt lo stato di eccezione non genera uno spazio giuridicamente vuoto, nel quale la vigenza del diritto viene sospesa; lo stato di eccezione individua piuttosto uno spazio "giuridicamente pieno" nel quale trovano legittimazione nuove forme di esercizio giuridico dei poteri pubblici.

³⁰ SCHMITT (1921), p. 136. Osserva a tal riguardo Schmitt: "la giustificazione della dittatura risiede in fin dei conti in questo: essa certo ignora il diritto ma soltanto al fine di realizzarlo" (*ibidem*, p. XVIII).

³¹ Cass. pen., sez. III, 17 luglio 2020, n. 21367, § 6.4.

³² Cfr. SCHMITT (1921), p. XVII.

Una risposta può forse essere trovata percorrendo un itinerario interpretativo diverso, di matrice hartiana. Si potrebbe cioè sostenere che, secondo i giudici della III sez., la pandemia ha modificato quello che Herbert Hart chiamava il “contenuto minimo di diritto naturale” dell’ordinamento³³. Ora, questa espressione non deve essere fraintesa. Per “contenuto minimo di diritto naturale” Hart non intende un insieme di principi di giustizia universali che determinano, o dovrebbero determinare, i contenuti del diritto positivo e le forme di esercizio dei poteri pubblici. Hart utilizza questa formula per riferirsi alle condizioni empiriche, psicologiche e sociologiche di base che connotano l’esistenza degli individui e da cui dipendono, necessariamente, i contenuti del diritto e della morale. Sussisterebbe cioè una “connessione razionale tra i fatti naturali e il contenuto delle norme giuridiche e morali”³⁴. Cosa intende Hart per “connessione razionale”? I fatti naturali non intrattengono coi contenuti del diritto un rapporto di causa ed effetto; tra fatti naturali e norme sussistono piuttosto connessioni di tipo esplicativo, che rispondono al quesito “perché certe norme esistono?”, e connessione di tipo giustificativo, che rispondono invece al quesito “perché certe norme devono esistere?”. Nella prospettiva di Hart, pertanto, i fatti naturali di cui stiamo discorrendo non hanno di per sé un carattere normativo ma si configurano, piuttosto, come ragioni per agire: sono una delle premesse dei ragionamenti che servono a spiegare o a giustificare le norme giuridiche e morali³⁵.

Tra le condizioni empiriche richiamata da Hart, vi è la circostanza che gli uomini sono vulnerabili, differiscono in forza fisica e capacità intellettuali, sono caratterizzati da una forma debole di altruismo, hanno a disposizione risorse limitate, sono spesso incapaci di perseguire obiettivi a lungo termine sacrificando il loro interesse immediato³⁶. Da queste caratteristiche antropologiche di base discendono “forme minime di protezione delle persone, della proprietà e delle promesse che si configurano come caratteristiche indispensabili dell’ordinamento”³⁷. Il fatto che gli esseri umani sono vulnerabili richiede che l’ordinamento contenga norme per limitare l’uso della violenza; il fatto che gli uomini differiscano tra loro in forza e intelligenza richiede norme che garantiscano tolleranza (*forbearance*) nell’adempimento degli obblighi e forme compromissorie di gestione dei conflitti; il fatto che gli uomini godano di risorse limitate esige che l’ordinamento contenga norme poste a protezione della proprietà privata, e via dicendo. Ora, seguendo questa linea argomentativa, la circostanza che un essere umano si contraddistingua, sistematicamente, per essere una fonte di contagio di una malattia potenzialmente mortale, richiede l’adozione di norme che garantiscano il distanziamento sociale, che impongano la limitazione della libertà di movimento, che incentivino la riorganizzazione delle attività economiche e sociali, e così via. Detto

³³ HART (1961), pp. 193 ss.

³⁴ *Ibidem*, p. 193.

³⁵ Sulla nozione di “ragione per agire” nella filosofia del diritto contemporanea mi permetto di rinviare a CANALE (2017), cap. 1.

³⁶ HART (1961), pp. 194-198.

³⁷ *Ibidem*, p. 199.

altrimenti, la pandemia è un fatto *extra ordinem* che genera una modificazione antropologica di cui il diritto e la morale si devono far carico.

Si potrebbe qui invero obiettare che la crisi pandemica avrà presumibilmente carattere temporaneo: la connotazione degli individui come fonti di contagio non ha cioè quella natura stabile e fondamentale che contraddistingue, secondo Hart, il contenuto minimo di diritto naturale. Il carattere temporaneo dell'evento pandemico non ne sminuisce tuttavia l'impatto sulle vite degli individui né, dunque, la rilevanza giuridica e morale, poiché esso costituisce una minaccia attuale per la sopravvivenza degli individui³⁸. Non solo: la pandemia trova una delle sue condizioni di possibilità in alcune caratteristiche biologiche di base della specie umana, la cui rilevanza sociale è rimasta fino ad oggi in gran parte latente; caratteristiche che rendono il pericolo pandemico *sempre* attuale. Una volta esauritasi l'emergenza Covid-19, la condizione umana del contagio potenziale potrebbe dunque giustificare misure giuridiche analoghe a quelle recentemente adottate.

La ricostruzione appena proposta appare tuttavia problematica sotto un aspetto ulteriore. La potenziale mutazione antropologica generata dalla pandemia non determina, di per sé, il contenuto delle norme giuridiche adottate per far fronte ad essa. Tali norme sono comunque il risultato di scelte politiche che ammettono misure di intervento alternative, le quali possono riconfigurare in modi assai diversi gli equilibri tra le tutele costituzionali, comprimendo in misura maggiore o minore i diritti individuali. Detto in altri termini, il contenuto minimo del diritto naturale individua semplicemente un insieme di beni giuridici fondamentali meritevoli di tutela, non il modo in cui tali beni devono essere concretamente tutelati in un contesto dato. Pertanto, se anche ammettiamo, come ai più appare ovvio, che la pandemia giustifichi pratiche di governo della popolazione tese alla gestione del contagio, ciò non implica che il perseguimento di questo fine giustifichi l'adozione di qualsiasi mezzo astrattamente idoneo a realizzarlo.

4. Verso una iper-costituzionalizzazione dell'ordinamento?

Quanto fin qui osservato conduce a considerare più da vicino l'utilizzo della tecnica del bilanciamento da parte della III sez. della Corte di cassazione.

Abbiamo visto che secondo i giudici la pandemia giustifica l'applicazione di canoni per interpretare la legge e la costituzione altrimenti non applicabili nel contesto della disciplina della prescrizione del reato. In particolare, l'uso del bilanciamento dei principi consente ai giudici di giungere alla conclusione che la sospensione temporanea del decorso della prescrizione è conforme al dettato costituzionale. Ora, si potrebbe qui innanzitutto notare, per inciso, che il bilanciamento non è affatto una tecnica

³⁸ Facendosi interprete di una tradizione che attraverso Bentham risale fino a Hobbes, Hart osserva infatti che il contenuto minimo di diritto naturale trova la sua ragione ultima "nello scopo minimo della sopravvivenza che gli uomini perseguono nell'associarsi tra di loro" (*ibidem*, p. 193), uno scopo il cui perseguimento rende dunque necessario, sotto il profilo morale e politico, il contenimento del contagio.

ermeneutica “nuova”, nel senso di mai utilizzata in precedenza. Si tratta, ovviamente di una tecnica interpretativa e argomentativa complessa comunemente utilizzata dalle corti italiane e da quelle di tutto il mondo. L’elemento di novità è costituito dal contesto normativo nel quale tale tecnica viene utilizzata, e dalla funzione ad essa attribuita. Consideriamo innanzitutto il primo aspetto.

Come ricordato in apertura, la Corte costituzionale ha affermato che il principio di irretroattività della legge penale *in malam partem* è inderogabile e dunque non suscettibile di alcun bilanciamento. Richiamando le parole di Ronald Dworkin, si tratterebbe cioè di un principio che opera al modo di un “asso pigliatutto” (*trump*), che prevale in caso di conflitto rispetto a qualsiasi regola o standard presente nell’ordinamento³⁹. Ciò che per converso la III sez. propone è una relativizzazione del principio di irretroattività, tale da renderlo bilanciabile rispetto ad altri principi costituzionalmente protetti. L’idea che i giudici tentano di veicolare, prendendo in tal modo le distanze dalla Corte costituzionale, è cioè che *qualsivoglia* principio costituzionale si configuri come un “precetto di ottimizzazione”⁴⁰, che va protetto nella misura maggiore possibile compatibilmente col pregiudizio che tale protezione può arrecare alla protezione di principi concorrenti. È il caso di notare che in questa prospettiva, la limitazione di un principio non consiste nella sua derogazione. Nel caso di specie, il bilanciamento non conduce cioè alla disapplicazione del principio di irretroattività. I principi possono essere garantiti e realizzati in misura maggiore o minore a seconda delle circostanze, e il bilanciamento è la tecnica che consente di individuare il punto di equilibrio tra i loro rispettivi gradi di protezione. Più precisamente, il bilanciamento è un ragionamento, guidato dai meta-principi di ragionevolezza e proporzionalità, il cui esito è la costruzione di una norma che costituisce la concretizzazione congiunta dei principi *prima facie* in conflitto; un conflitto che, in virtù di tale norma, cessa tuttavia di esistere in rapporto al caso concreto.

Non è questa la sede per approfondire le caratteristiche peculiari di questa tecnica ermeneutica né la sua pretesa di costituire l’esito di un procedimento razionale e dunque controllabile. Preme qui piuttosto sottolineare come la “novità” del suo utilizzo, giustificata dal fatto *extra ordinem* della pandemia, risieda nel fatto che la III sez. della Cassazione ne fa uso in aperto contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale. Come dire, il giudice delle leggi bilancia i principi costituzionali con riguardo a una materia nella quale il giudice della costituzione ritiene che ciò sia illegittimo. Non solo: interessante è la *funzione* che la III sez. attribuisce al bilanciamento. Secondo la Corte, infatti, il bilanciamento tra il principio di irretroattività, da un lato, e i principi di tutela della vita e della salute, dall’altro, costituisce un modo per adeguare il contenuto della legge a quello della costituzione. Secondo i giudici delle leggi, detto altrimenti, il bilanciamento è una forma di interpretazione conforme o adeguatrice, che

³⁹ “I diritti sono degli assi pigliatutto politici nelle mani degli individui. Gli individui hanno diritti quando, per una qualche ragione, un fine collettivo non costituisce una giustificazione sufficiente per negare ciò che essi desiderano fare o avere in quanto individui, oppure per imporre loro una perdita o un danno”. DWORKIN (1977), p. XI.

⁴⁰ ALEXY (2012), cap. III.

conduce ad evidenziare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dai ricorrenti.

Ora, è il caso di ribadire che tale affermazione è scorretta sotto il profilo concettuale. Come abbiamo sottolineato in precedenza, interpretazione adeguatrice e bilanciamento sono tecniche ermeneutiche strutturalmente distinte. La prima è una tecnica interpretativa in senso stretto che ha ad oggetto due disposizioni normative; la seconda è invece una tecnica mediante la quale viene costruita una norma inespressa mediante la concretizzazione di due o più principi *prima facie* in conflitto tra loro. Il bilanciamento non costituisce, dunque, una *species* appartenente al *genus* dell'interpretazione adeguatrice, e svolge una funzione del tutto diversa rispetto a quest'ultima, poiché consente di modulare il grado di protezione dei principi costituzionali e non semplicemente di attribuire alle disposizioni legislative significati conformi alla costituzione. Non solo: l'esito del bilanciamento – non diversamente da quanto accade, ad esempio, per l'analogia – è la costruzione di una norma che non corrisponde ad alcuna disposizione già presente nell'ordinamento, una norma dunque “nuova”, esito di un ragionamento che offre margini di discrezionalità ben più ampi e articolati di quelli che caratterizzano l'interpretazione adeguatrice⁴¹. L'equiparazione surrettizia tra queste due tecniche ermeneutiche ha quale esito ultimo l'apertura ad un uso diffuso e generalizzato del bilanciamento da parte delle corti: qualsiasi giudice è legittimato ad operare un bilanciamento tra i principi costituzionali in gioco nel momento in cui effettua una interpretazione conforme, e in tal senso a farsi arbitro dei diritti fondamentale degli individui in rapporto al caso di specie.

La rilevanza per la struttura dell'ordinamento che questa mossa argomentativa assume è enfatizzata da un passaggio ulteriore della motivazione in esame, apparentemente pleonastico, eppure espressione emblematica di una convinzione ormai diffusa nella giurisprudenza italiana. Secondo i giudici della III sez., il bilanciamento costituisce a tutti gli effetti la *Grundnorm* dell'ordinamento giuridico italiano. Il termine ‘*Grundnorm*’ ha inevitabilmente un sapore evocativo per lo studioso del diritto, in virtù delle sue ascendenze kelseniane. Per il primo Kelsen, come noto, la *Grundnorm* è la norma situata all'apice del sistema delle fonti che fissa i criteri di appartenenza all'ordinamento di qualsiasi altra norma. Non si tratta tuttavia di una norma posta da un soggetto autorizzato, osserva Kelsen: essa “non è posta ma va presupposta”⁴² dallo studioso del diritto. La *Grundnorm* kelseniana è cioè una ipotesi razionale che consente allo studioso di fornire una rappresentazione teorica compiuta e coerente della struttura dinamica dell'ordinamento, senza dover ricorrere a elementi extra-giuridici per dar conto del suo funzionamento. Orbene, appare ovvio che i giudici della III sez. non

⁴¹ Una norma inespressa è una norma “nuova” nel senso che non costituisce il significato di una disposizione appartenente all'ordinamento, quanto piuttosto l'esito di un ragionamento complesso che include tra le sue premesse norme espresse, ricavate per via interpretativa da disposizioni vigenti. Sulla distinzione tra norme espresse e norme inesprese, come pure tra interpretazione e costruzione giuridica, si veda CANALE (2020). Sulle differenze tra bilanciamento e interpretazione adeguatrice si è recentemente soffermato, su questa Rivista, TESAURO (2020).

⁴² KELSEN (1934), p. 78.

utilizzano il termine ‘*Grundnorm*’ in una accezione kelseniana, ma si pongono implicitamente, nell’evocare questo termine, il problema del fondamento dell’ordinamento. La risposta che i giudici sembrano fornire a questo problema può essere delineata nel modo seguente: il fondamento dell’ordinamento giuridico vigente non consiste in un atto costituente che ha fissato, per mezzo della costituzione repubblicana del 1948, i principi sostanziali della comunità politica e ha attribuito i poteri di produzione normativa a soggetti istituzionali determinati. Negli Stati costituzionali di diritto contemporanei, tali principi hanno oramai assunto un carattere universale, idealmente sottratto alla storia e dunque all’evoluzione delle dinamiche politiche che hanno luogo nella società. Compito di tutti i soggetti istituzionali è concretizzare i principi costituzionali mediante politiche di governo degli interessi individuali e collettivi che rispondano alle esigenze contingenti, le quali dipendono dall’evoluzione dei processi economici e sociali, come pure da eventi naturali, come nel caso della pandemia scatenata dal Covid-19. Il criterio di appartenenza delle norme all’ordinamento, la sua *Grundnorm*, è oggi costituito dunque dal bilanciamento, ovverosia dai meta-principi di ragionevolezza e proporzionalità, i quali individuano la procedura che i soggetti autorizzati devono adottare nel governo costituzionalmente orientato della società: il legislatore nella formulazione delle leggi, ormai ridotte, in larga parte, a mera formalizzazione *ex post* di provvedimenti governativi, e il giudice nell’interpretazione delle disposizioni normative.

Se quanto fin qui osservato coglie nel segno, qual è l’esito ultimo a cui approda l’argomentazione dei giudici della III sez.? La qualificazione del bilanciamento come una forma di interpretazione adeguatrice, che svolge il ruolo di *Grundnorm* dell’ordinamento, genera quella che potremmo chiamare una “iper-costituzionalizzazione” dell’ordinamento medesimo. Questa affermazione richiede alcune precisazioni. Riccardo Guastini ha definito “costituzionalizzati” gli ordinamenti nei quali “il diritto costituzionale tende ad occupare l’intero spazio della vita sociale e politica, condizionando la legislazione, la giurisprudenza, lo stile dottrinale, l’azione degli attori politici, le relazioni private”⁴³. In un ordinamento siffatto, “il legislatore non può scegliere liberamente i *fini* da perseguire, ma può solo scegliere i *mezzi* più opportuni e/o più efficienti per realizzare dei fini eteronomi precostituiti: quelli stabiliti in costituzione”⁴⁴. Al contempo, “la giurisprudenza è condizionata dalla costituzione nel senso che i giudici hanno il potere e il dovere di applicare direttamente nelle controversie loro sottoposte non già solo le leggi, ma altresì la costituzione”⁴⁵. La costituzionalizzazione dell’ordinamento coinvolge anche i rapporti tra i privati, lo stile adottato dalla dottrina giuridica, come anche la vita politica, dal momento che “gli attori politici e gli organi costituzionali si atteggiavano espressamente ad interpreti della costituzione, e si preoccupano di dare giustificazione costituzionale alle loro decisioni e ai loro comportamenti”⁴⁶. Sotto il profilo dell’uso delle tecniche interpretative, gli

⁴³ GUASTINI (2017), pp. 213 ss.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 214.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

ordinamenti costituzionalizzati si caratterizzano dunque per l'efficacia diretta attribuita alle norme costituzionali, applicabili anche dal giudice ordinario, e per il sindacato diffuso di costituzionalità, veicolato dal ricorso generalizzato al canone dell'interpretazione adeguatrice.

Ma cosa accade se il bilanciamento dei principi comincia ad essere inteso dalla giurisprudenza come una forma di interpretazione adeguatrice, che il giudice ha il potere e il dovere di effettuare in sede di giudizio? Qualora trovasse accoglimento nella giurisprudenza, questa mossa produrrebbe degli effetti dirompenti sull'assetto istituzionale dell'ordinamento, sulle forme di protezione dei diritti individuali e sul principio di stretta legalità. Con riguardo al primo aspetto, qualsiasi giudice di ordine e grado si trasformerebbe in una "corte costituzionale del caso concreto", a cui è dato il potere, nel contesto della controversia, di determinare il contenuto dei principi costituzionali rilevanti, di costruire principi inespresi, di sospendere l'efficacia delle norme ove queste siano in contrasto con l'esito del bilanciamento, o di costruire norme "nuove", non ricavabili per via interpretativa da disposizioni vigenti, che di tale esito costituiscono la concretizzazione. Con riguardo invece al secondo aspetto, qualsiasi giudice acquisterebbe il potere di modulare la tutela dei diritti fondamentali sulla base di un giudizio di ragionevolezza e proporzionalità, rendendo il grado di tutela di tali diritti imprevedibile e altamente differenziato a seconda delle circostanze del caso. Infine, la qualificazione del bilanciamento come una forma di interpretazione adeguatrice provocherebbe una polverizzazione del principio di stretta legalità in ambito penale, principio che diventerebbe a sua volta modulabile in funzione di interessi concorrenti di volta in volta ritenuti rilevanti dal giudice. Ciò aprirebbe il varco ad un ricorso diffuso all'interpretazione teleologica della legge penale, il cui contenuto diventerebbe funzionale a un fine costituzionalmente protetto che è il bilanciamento stesso di volta in volta a determinare.

In sintesi, l'iper-costituzionalizzazione dell'ordinamento rischia di provocare una "banalizzazione" dei principi costituzionali, privandoli di quel ruolo fondamentale che la nostra cultura giuridica ha attribuito loro a partire dal secondo dopoguerra. Senza misconoscere la gravità dell'emergenza provocata dalla pandemia, vale la pena dunque da chiedersi se il quadro prospettico appena delineato, che sembra emergere in filigrana da taluni sviluppi della giurisprudenza, sia davvero auspicabile.

Bibliografia

AGAMBEN, Giorgio (2003): *Lo stato di eccezione* (Torino, Bollati Boringhieri).

ALEXY, Robert (2012): *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main, Suhrkamp).

BALLADORE PALLIERI, Giorgio (1970): *Diritto costituzionale* (Milano, Giuffrè).

CANALE, Damiano (2017): *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale* (Roma-Bari, Laterza).

CANALE, Damiano (2020): “Norme espresse e norme inespresse. Un’analisi concettuale”, *Analisi e diritto*, 1, pp. 13-42.

CANALE, Damiano, TUZET, Giovanni (2019): *La giustificazione della decisione giudiziale*, (Torino, Giappichelli).

CANALE, Damiano, TUZET, Giovanni (2020): “Can Constitutional Rights Be Weighted? On the Inferential Structure of Balancing in Legal Argumentation”, *Ius Dictum*, 2, pp. 5-14.

CARLASSARE, Lorenza 2007: “Fonti del diritto (diritto costituzionale)”, in *Enciclopedia del diritto. Annali 2007* (Milano, Giuffrè), pp. 536-567.

CARTABIA, Marta (2013): “I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana”, in *Atti della Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola. Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013*, www.cortecostituzionale.it.

CRISAFULLI, Vezio (1984): *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II (Padova, CEDAM).

DWORKIN, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously* (Cambridge (Mass.), Harvard University Press).

FLICK, Giovanni Maria (2021): “Emergenza e sospensione della prescrizione: una scelta problematica della Corte costituzionale”, *Cassazione penale*, 61 (1), pp. 44-59.

GATTA, Gian Luigi (2020): “‘Tolleranza tra principi’ e ‘principi intolleranti’. L’emergenza sanitaria da Covid-19 non legittima deroghe al principio di irretroattività *in malam partem*: note critiche a una sentenza della Cassazione sulla sospensione della prescrizione del reato *ex art. 83, co. 4, d.l. n. 18/2020*, *Sistema penale*, 22 luglio 2020, www.sistemapenale.it.

GUASTINI, Riccardo (2017): “La ‘costituzionalizzazione’ dell’ordinamento”, in ID., *Filosofia del diritto positivo*, a cura di V. Velluzzi (Torino, Giappichelli), pp. 213-240.

HART, Herber L.A. (1961): *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press), 1994².

HASSEMER, Winfried (1997): “Diritto giusto mediante un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale”, *Ars Interpretandi*, 3, pp. 171-195.

KELSEN, Hans (1934): *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Tübingen, Mohr Siebeck), 2008.

PINO, Giorgio (2007): “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa di problemi”, *Ragion pratica*, 28, pp. 291-276.

PINO, Giorgio (2010): *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Bologna, il Mulino).

ROMANO, Santi (1909). “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria”, *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1, pp. 251-272.

SCHMITT, Carl (1921): *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (Berlin, Duncker & Humblot), 2015⁸.

SCHMITT, Carl (1922): *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (Berlin, Duncker & Homblot), 2015¹⁰.

SILVANI, Simona (2009): *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato* (Bologna, il Mulino).

TESAURO, Alessandro (2020): “[Interpretazione convenzionalmente conforme e bilanciamento. Un’appendice](#)”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 20-32.

ZACCARIA, Giuseppe (2012): *La comprensione del diritto* (Roma-Bari, Laterza).

ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ Valeria (2018): *Giustizia costituzionale, I: Storia, principi, interpretazioni* (Bologna, il Mulino).