

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

DOMENICO PULITANÒ

ORIZZONTI ATTUALI DEL CONTROLLO
DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DI NORME PENALI (*)

SOMMARIO: 1. Uno sguardo retrospettivo. – 2. I principi penalistici nella giurisprudenza costituzionale. – 3. Problemi attuali. Il ruolo dell'avvocatura. – 4. I nodi dell'uguaglianza. – 5. Problemi della non punibilità. – 6. Problemi della prescrizione. – 7. Al confine fra diritto e processo. – 8. Giudizio di costituzionalità e dimensione sovranazionale. – 9. Obblighi di penalizzazione di fonte europea? – 10. Patologie del sistema sanzionatorio.

1. *Uno sguardo retrospettivo*

Il tema di *nuovi campi* del controllo di costituzionalità di norme penali suggerisce una riflessione non scontata: come mai, dopo più di sessanta anni di Costituzione e cinquanta anni di giurisprudenza costituzionale, possono ancora presentarsi problemi caldi sul piano della legittimità costituzionale?

I principi costituzionali, e la cultura della Costituzione, hanno fatto molta strada e dovrebbero essersi saldamente radicati. Ma i percorsi storici sono complessi, e dopo decenni ci troviamo ancora davanti sia a problemi residui nel fare i conti con un passato precostituzionale, sia a difficoltà nuove in relazione a scelte di legislatori via via succedutisi nei decenni della Repubblica. Per mettere a fuoco i problemi di oggi, è opportuna una riflessione di sintesi sul cammino fin qui percorso e sui suoi contingenti approdi.

Nella fase iniziale, la giurisprudenza costituzionale in materia penale è stata chiamata a fare i conti con il passato: con la legislazione penale del regime fascista arrivata all'Italia repubblicana nel suo assetto originario (con poche ma significative modifiche, basti ricordare l'abolizione della pena di morte). La Corte costituzionale ha affrontato questo compito sulle premesse affermate nella sua prima sentenza, n. 1 del 1956: competenza della Corte a sindacare la legislazione passata, e utilizzabilità, nel giudizio di legittimità costituzionale, di *tutte* le norme della Costituzione (senza distinguere fra norme precettive

* È il testo della relazione svolta al Corso di aggiornamento professionale su *Corte costituzionale e giustizia penale* organizzato dalla Camera penale di Firenze e dalla Scuola per la formazione degli avvocati penalisti (Firenze, 25 febbraio 2011).

e meramente programmatiche). In quella prima sentenza è stata emblematicamente dichiarata illegittima una norma penale contenuta nel TU delle leggi di pubblica sicurezza, per contrasto con un nuovo principio di libertà, la libertà di manifestazione del pensiero.

Sulla strada dell'affermazione dei nuovi principi di libertà, la Corte costituzionale è andata avanti con cautela, rispondendo a questioni sollevate da una magistratura via via più sensibile alla svolta costituzionale. Emblematica la giurisprudenza costituzionale in materia di reati d'opinione (io preferirei dire: reati d'espressione). Sentenze talora di accoglimento totale o parziale, talora interpretative di rigetto, hanno nel loro insieme ridisegnato i bilanciamenti fra le nuove libertà costituzionali ed i vecchi assetti di tutela penale autoritaria. Anche disposizioni difficilmente difendibili (di poco o nessun rilievo nella prassi) sono state salvate con motivazioni apprezzabili. Così è avvenuto per es. per l'art. 15 della legge sulla stampa del 1948 (sentenza n. 293 del 2000); così per il vilipendio di cui all'art. 403 cod. pen. (sentenza n. 188 del 1975).

Sulla base delle indicazioni interpretative della pur cauta giurisprudenza costituzionale, alcuni punti fermi, di solida garanzia, appaiono acquisiti: in particolare la copertura costituzionale, in via di principio, anche per manifestazioni espressive che non si esauriscono in un mero pensiero, ma si legano a programmi d'azione. Tendenzialmente acquisita – non senza incertezze nella giurisprudenza ordinaria, e talora solo a parole – una qualche restrizione della soglia di punibilità, dal pericolo presunto ad un pericolo (più o meno) concreto. Resta (non assente dalla realtà giudiziaria) il rischio di interpretazioni (dei fatti e delle norme) eccessivamente fiscali.

L'attenzione al diritto di libertà, evidenziata nelle motivazioni del giudice delle leggi, può e deve divenire punto di riferimento delle interpretazioni ed applicazioni giurisprudenziali. Di fatto, il problema dei reati d'opinione, formalmente non superato, non sembra essere un problema attuale, malgrado siano stati lasciati sopravvivere (ma qui la responsabilità è soprattutto del legislatore) alcuni grumi normativi che potrebbero, in un clima deteriorato, essere rivitalizzati in senso autoritario.

2. I principi penalistici nella giurisprudenza costituzionale

Quali applicazioni hanno avuto, nella giurisprudenza costituzionale, le norme della Costituzione specificamente relative alla materia penale? Segnalo qui alcuni punti che ritengo di particolare interesse.

La giurisprudenza della Corte sul *principio di legalità* dà un'indicazione di metodo relativa all'interpretazione: *priorità del procedimento ordinario di interpretazione* sulle questioni di legittimità costituzionale relative alla determinatezza o precisione delle fattispecie. Rarissime le sentenze di accoglimento per difetto di determinatezza della fattispecie, ricorrente invece il rinvio alla competenza e alla responsabilità del giudice nel ricercare nella legge un significato sufficientemente determinato sulla base di un procedimento ermeneutico controllabile (*ex multis*, n. 27 del 1961, n. 5 del 2004, n. 327 del 2008). Soltanto in seconda battuta, qualora fallisca la possibilità di un'interpretazione controllabile, la Corte costituzionale affermerebbe la violazione del principio di determinatezza.

Una peculiare valorizzazione del principio di legalità, sotto un aspetto diverso da quelli abitualmente considerati dalla dottrina, è stata fatta nella sentenza sul delitto di plagio, n. 96 del 1981, su cui torneremo più avanti (§. 4).

Fa riferimento al principio di legalità la giurisprudenza costante che afferma l'inammissibilità di questioni volte a sollecitare dalla Corte costituzionale la creazione o l'ampliamento di figure di reato. La Corte costituzionale non è a ciò competente. Soltanto il legislatore può costruire fattispecie di reato e stabilire le pene corrispondenti, nell'esercizio della sua responsabilità politica.

Fin dagli anni '80, quando il problema dei supposti obblighi di penalizzazione è stato portato alla Consulta, ho proposto una lettura e giustificazione *di merito* della soluzione processuale dell'inammissibilità, adottata dalla Corte costituzionale¹. Il principio di legalità, *forma* istituzionale del diritto penale, ha anche un significato *sostanziale*: affidando al legislatore le scelte di penalizzazione, mantiene il problema della coercizione legale come *problema aperto politicamente e razionalmente*, secondo l'originaria logica illuministica, entro i limiti garantisti che dal sistema costituzionale sia dato desumere. La tutela di beni giuridici di rilievo costituzionale è condizione necessaria di legittimazione dello strumento penale, ma non di per sé sufficiente a fondare obblighi di penalizzazione.

L'inammissibilità di questioni di legittimità costituzionale volte alla creazione o espansione di fattispecie di reato paga un prezzo (una limitazione del controllo di costituzionalità) che, ritenuto imposto dal principio di legalità, appare sopportabile nel bilanciamento con esigenze di garanzia.

Sul piano della politica del diritto, la questione degli obblighi viene per così dire a scolorarsi: decisive sono le ragioni del vietare o non vietare, se e come

¹ D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 s.

punire. Dobbiamo ragionare su *necessità*, più o meno stringenti, che possano legittimare soluzioni penalistiche, in particolare là dove siano in gioco esigenze di protezione dei diritti umani al livello più elementare.

Sugli spazi di possibili questioni di costituzionalità *in malam partem* ritorneremo più avanti.

Un lungo cammino è stato percorso dalla giurisprudenza costituzionale sul principio di *personalità della responsabilità* (art. 27, comma 1). Dopo una serie di sentenze interpretative di rigetto, la Corte costituzionale è arrivata ad affermare esplicitamente la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza con la sentenza (importantissima per le motivazioni e le implicazioni d'ordine generale) sull'articolo 5 cod. pen., la storica sentenza n. 364 del 1988. In epoca recente, la sentenza sull'articolo 609-*sexies*, n. 322 del 2007, ha inserito anche nel capitolo sulla colpevolezza un'indicazione interpretativa molto forte (mascherata da un dispositivo di inammissibilità): la *priorità del principio di colpevolezza*, non negoziabile rispetto a qualsiasi contro interesse o preoccupazione di tutela, anche di interessi importanti come l'integrità sessuale dei minori. Anche qui la Corte fa rinvio alla giurisprudenza ordinaria per la concretizzazione del principio di colpevolezza là dove le norme di legge ordinaria pongano problemi d'interpretazione e di adeguamento al principio.

L'indicazione interpretativa generale, data nella sentenza sull'*error aetatis*, è stata ripresa in modo significativo dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza sull'articolo 586 cod. pen.² Requisito minimo dell'imputazione soggettiva è la colpa, ed interpretazioni di norme vigenti in chiave di responsabilità oggettiva non possono più avere spazio.

Più che i principi specifici sul sistema penale, nella giurisprudenza della Corte costituzionale ha funzionato il principio di eguaglianza: un principio di struttura dell'ordinamento, che formalmente è criterio di controllo di qualsiasi differenziazione o equiparazione normativa, e si presta (o meglio, sembra prestarsi) a veicolare concezioni sostanziali di giustizia. Nelle eccezioni di legittimità costituzionale (anche in materia penale) il principio d'eguaglianza è stato invocato su scala molto massiccia, nella maggior parte dei casi con esiti di rigetto delle questioni sollevate; ma non mancano sentenze di accoglimento particolarmente significative.

La maggior parte delle sentenze d'accoglimento riguarda il sistema sanzionatorio e l'ordinamento penitenziario; spesso il principio d'eguaglianza è visto in combinazione con il principio rieducativo di cui all'art. 27, comma 3, e il

² Cass., s.u., 22 gennaio 2009, in *Cass. pen.* 2009, p. 4564.

dispositivo è di tipo additivo (*in bonam partem*). Nell'insieme, si tratta di razionalizzazioni minimali (ancorchè importanti) di un sistema sanzionatorio che nelle sue linee generali resta comunque disegnato da una discrezionalità legislativa amplissima, sul cui esercizio non è consentito alla Consulta un sindacato di merito. Oggi più che mai, nonostante gli aggiustamenti apportati dalla Corte costituzionale, abbiamo un sistema di risposte al reato la cui razionalità e giustizia appaiono gravemente carenti, sia per difetti originari del codice Rocco, sia per difetti legati a sviluppi successivi.

3. Problemi attuali. Il ruolo dell'avvocatura

Nei decenni della Repubblica, l'evoluzione legislativa e della giurisprudenza ordinaria è stata influenzata in misura significativa dalla giurisprudenza costituzionale. Alcune battaglie del passato (quelle più legate al superamento della legislazione fascista) sono state combattute con buon successo. Ma fronti nuovi si sono aperti.

Quale il ruolo che l'avvocatura penale può giocare? Tendenzialmente, sta dalla parte della difesa dell'imputato, e deve un'attenzione particolare per i profili di garanzia liberale del sistema. Ma non è solo questo: l'avvocato può essere anche difensore di persone offese. L'intero campo dei problemi e dei principi del (e sul) diritto penale può venire in considerazione nello svolgimento di attività di difesa di parti private. La professione di avvocato, che ha a che fare con diritto e giustizia, ha interesse alla tenuta e all'accrescimento di un sistema in ragionevole equilibrio tra il fronte delle garanzie liberali e quello della effettività della tutela dei diritti anche con gli strumenti del penale.

Cosa può – e deve – fare l'avvocato come custode dei diritti e delle libertà costituzionali? Dalla giurisprudenza costituzionale viene un'indicazione di metodo che addita per così dire una strategia. Nell'arena processuale questioni di legittimità costituzionale dovrebbero essere viste, innanzi tutto, come rilevanti nel contesto dell'interpretazione ed applicazione – costituzionalmente orientata, fin dove possibile – del diritto vigente. L'eccezione d'incostituzionalità è una soluzione di seconda battuta, a cui arrivare dopo avere sviscerato fino in fondo tutte le possibilità di soluzione a livello interpretativo. Questa indicazione – espressamente enunciata e praticata dalla giurisprudenza sul principio di legalità – attraversa a tutto campo la giurisprudenza della Corte costituzionale. La abbiamo ritrovata nella giurisprudenza sul principio di colpevolezza, e in quella relativa a campi problematici (come i reati d'espressione)

in cui è cruciale il rapporto (il bilanciamento) con diritti di libertà.

È divenuto un *leit motiv* l'appello al Giudice ordinario, che faccia fino in fondo il suo mestiere di interprete attento ai principi della Costituzione. Il *restraint* della Corte può essere variamente valutato, a me sembra che l'indicazione di metodo sia ineccepibile. Il problema di legittimità costituzionale merita di essere considerato come chiusura, l'alternativa che può e deve ragionevolmente essere prospettata laddove una proposta interpretativa conforme a Costituzione non venga accolta nel diritto vivente, perché obiettivamente non vi sono spazi, o comunque per scelte interpretative (giuste o sbagliate) dei giudici ordinari. Dove spazi esegetici non vi siano, non vi è alternativa che sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Piccola nota a margine: nell'impostare i problemi di legittimità costituzionale (anzi i problemi interpretativi in genere) l'avvocato, che ha un ruolo di parte, può ragionevolmente fruire di spazi più ampi di quanto non sia consentito al Giudice. La dottrina, normalmente, affronta i problemi di interpretazione e applicazione del diritto dal punto di vista dell'interprete e applicatore imparziale. Ma il contesto in cui si formano gli indirizzi interpretativi è più complesso: comprende apporti di parte (sia dal fronte dell'accusa che da quello della difesa) che hanno tutti una loro dignità e necessità. Le parti possono legittimamente chiamare in causa ragioni parziali che chiedono poi di essere ricomposte da un giudizio imparziale; e questo è uno spazio del quale l'avvocato può farsi carico.

Per caratterizzare il ruolo dell'avvocato è stata proposta la formula della *imparziale parzialità*, specularmente alla definizione del PM come parte imparziale³. Al di là delle differenze di poteri e doveri del pubblico funzionario e del privato professionista, questa formula paradossale coglie un tratto comune ai ruoli di parte: tutti attraversati dalla tensione fra la *parzialità nella rappresentanza d'interessi*, la necessità di *intelligenza dei problemi*, e la *pretesa di validità e di riconoscimento intersoggettivo* che dà significato alla stessa difesa di interessi di parte.

Il campo dei problemi di legittimità costituzionale, in cui l'avvocato penalista può oggi ritrovarsi, comprende innanzi tutto la concretizzazione dei principi costituzionali sul diritto penale, sulla base di indicazioni che la giurisprudenza costituzionale ha dato in termini generali rimettendone la concretizzazione alla giurisprudenza ordinaria. È su questo terreno che si giocano le questioni di legalità, nel senso di *certezza legale*. È su questo terreno che si giocano le questioni

³ M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002; ID., *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in *Ragion pratica*, dicembre 2008, n. 31, p. 485s.

di colpevolezza, ormai risolvibili sulla base di criteri chiaramente affermati dalla Consulta, ma rimaste aperte come questioni di delimitazione dei criteri d'imputazione soggettiva, di fronte al sempre presente rischio di slabbramenti (per es. applicazioni discutibilmente dilatate del dolo eventuale) e di scivolamenti verso forme di responsabilità oggettiva occulta.

I problemi di legittimità costituzionale si presentano all'avvocato, in prima battuta, come problemi di interpretazione conforme a Costituzione. La giurisprudenza costituzionale del primo mezzo secolo è una base da cui partire. Può essere variamente valutata, nell'insieme e nei singoli dettagli: potremmo vederla, metaforicamente ed approssimativamente, come un bicchiere mezzo pieno e mezzo vuoto. Per andare avanti, possiamo e dobbiamo fare tesoro del mezzo pieno.

4. I nodi dell'uguaglianza

Nella fase più recente della giurisprudenza costituzionale, si è più che mai stagliato come centrale il tema dell'uguaglianza. Non è certo un problema nuovo, ma è stato acuitizzato dal prender corpo, nelle scelte della XIV e della XVI legislatura, di elementi di un diritto penale disuguale: da un lato, pacchetti sicurezza contrassegnati da crescente severità, dall'altro il restringersi del penale dei c.d. *Kavaliersdelikte* (pur frammisto a demagogici aumenti di talune pene edittali).

Emblema di un diritto penale della disuguaglianza era l'aggravante della presenza irregolare nel territorio dello Stato, introdotta nel codice penale come articolo 61 n. 11 bis dal c.d. pacchetto sicurezza del 2008. Questa aggravante simbolo della legislazione securitaria in materia di immigrazione è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con una bella sentenza, n. 249 del 2010. L'aggravante produce una discriminazione per ragioni soggettive priva di qualsiasi nesso con il commesso reato; e «*il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al commesso reato*».

La caduta aggravante della clandestinità può essere (speriamo) considerata un caso limite, che però mostra la possibile riemersione nella odierna situazione spirituale (non solo ma anche nell'orizzonte penalistico) del problema dell'uguaglianza nel suo nucleo duro di divieto di discriminazioni.

Al di là del caso specifico, la sentenza n. 249/10 dà indicazioni di grande

interesse in ordine al problema generale del controllo di legittimità di circostanze aggravanti o attenuanti (anzi, di qualsiasi criterio di differenziazione di trattamento punitivo). Non possono essere tipizzati come ragioni di aggravamento o diminuzione di pena elementi che – *ceteris paribus* – non abbiano un *univoco* significato aggravante o attenuante, rispetto al reato per il quale si tratti di stabilire la pena. *Nemmeno atti illeciti estranei al commesso reato*, che pure rientrano nella complessiva condotta di vita cui fa riferimento l'art. 133 cod. pen., possono assumere rilievo formale come circostanze aggravanti.

Questa indicazione della Corte costituzionale non è priva di rilievo nemmeno per l'esercizio del potere discrezionale del giudice: fatti della vita *estranei al commesso reato*, cui non può essere attribuito un automatico rilievo aggravante, in sede di commisurazione della pena possono venire in rilievo solo in esito ad una valutazione discrezionale, nei limiti segnati dal rigoroso rispetto dei diritti costituzionali. Anche questo è un possibile profilo dell'attuale campo di problemi d'applicazione costituzionalmente orientata.

Da tempo il problema dell'eguaglianza viene in discussione in chiave di uguaglianza – ragionevolezza. In materia penale, è in questa chiave che la giurisprudenza costituzionale ha impostato problemi che la dottrina penalistica tende a impostare con riferimento al principio di offensività⁴.

Nella giurisprudenza costituzionale, l'inesistenza di un bene giuridico tutelabile è stata espressamente rilevata, per la prima e (salvo errore) unica volta, nella sentenza n. 189 del 1987, che ha dichiarato l'illegittimità del reato di esposizione di bandiere estere senza autorizzazione, previsto da una legge speciale del 1926. Il parametro costituzionale applicato, per invalidare la norma penale, è stato il *principio d'uguaglianza/ragionevolezza*, sullo sfondo di un diritto di libertà compresso dalla norma impugnata⁵. Il riferimento al bene giuridico appare, in questo contesto, una formula dottrinale non decisiva; e forse anche per questo, oltre che per l'assoluta marginalità della fattispecie, la sentenza in esame non ha attirato l'attenzione dei penalisti⁶. Nella sostanza, è giustificato affermare che la

⁴ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 362.

⁵ La vicenda che ha dato occasione alla questione di legittimità costituzionale vedeva imputato un esponente della minoranza slovena in Venezia Giulia. L'espressa esclusione che la norma in esame tutelasse un bene giuridico si lega al riconoscimento che minoranze etniche e altri gruppi ben possono volere «*esprimere la propria identità politico-sociale attraverso un simbolo, una bandiera corrispondente a quella di uno Stato estero*».

⁶ Ma cfr. C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 94

Corte costituzionale «non ha mai assunto in chiave dimostrativa la tesi dei beni giuridici di rilievo costituzionale»⁷, pur facendone talvolta un uso retorico.

Questo non significa che il riferimento al bene giuridico non giochi alcun ruolo. Semplicemente, non ha funzionato come selezione di oggetti legittimi di tutela nei giudizi di legittimità costituzionale: di fronte a norme incriminatrici che non siano del tutto insensate (ed anche norme discutibili, in genere, hanno un senso riconoscibile) è normale rintracciare un qualche interesse teoricamente proponibile come oggetto della tutela voluta dal legislatore. Gli aspetti problematici, di cui i giudici costituzionali vengono investiti, riguardano di regola *soglie e limiti* di tutela di interessi tutelabili legittimamente: soglie di carattere generale, segnate dal principio di offensività (questione del pericolo), e limiti specifici posti all'intervento penale da diritti, libertà o interessi che esigono salvaguardia nei confronti della coercizione legale⁸.

Segnalo un profilo non nuovo, ma solo superficialmente esplorato, di questo problema: quello dei giudizi di fatto che abbiano rilievo per la scelta legislativa. Potrebbero avere rilievo eventualmente anche sul piano di controllo di legittimità costituzionale?

Il rapporto fra principi normativi e mondo dei fatti emerge in modo emblematico nella sentenza n. 96 del 1981: la norma sul delitto di plagio (art. 603 cod. pen.) è stata dichiarata costituzionalmente illegittima perché, secondo quanto ha ritenuto la Corte costituzionale, delineava una fattispecie non suscettibile di verifica nel mondo dei fatti, nel duplice senso di impossibile a realizzarsi ed insuscettibile di essere oggetto di verifica probatoria.

La norma deve avere un contenuto fattualmente possibile e verificabile, ci dice il principio di legalità. Vincoli *contenutistici* ulteriori possono derivare, non da una 'natura delle cose' astrattamente considerata, ma da principi sovraordinati allo stesso legislatore, che impongano vincoli normativi *in funzione di determinati profili di realtà*, ritenuti rilevanti nel mondo dei valori. È questo il senso del principio di offensività o dannosità sociale: il campo d'intervento penale è limitato a tipi di fatto caratterizzati da un particolare contenuto offensivo o pericoloso. Il principio di personalità della responsabilità introduce ulteriori delimitazioni, sia sul piano obiettivo (esclusione di responsabilità per fatto altrui) sia su quello della colpevolezza dell'agente (rilevanza di certi stati psicologici ai fini del dolo, della colpa, dell'imputabilità).

⁷ V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, p. 216.

⁸ Analoghe considerazioni in J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, in *Revista española de Derecho Constitucional*, 2005, p. 86m 92.

Problemi concernenti la rilevanza di saperi sul mondo, più o meno *scientifici*, attraversano l'intero mondo del penale⁹. Sono oggetto di specifica discussione dottrinale con riferimento alla causalità; nella giurisprudenza costituzionale sono emersi con riguardo a tipizzazioni operate dal legislatore secondo valutazioni che pretendono di fondarsi sull'*id quod plerumque accidit* (fattispecie di pericolo astratto, presunzioni di pericolosità, *et similia*). È possibile un controllo sulla correttezza o ragionevolezza fattuale delle tipizzazioni legislative?

Una giurisprudenza costituzionale costante ha enunciato il principio secondo cui vi è uno spazio per valutazioni e scelte discrezionali del legislatore *nei limiti della non manifesta irragionevolezza*. Questo criterio evoca un campo di problemi particolarmente delicato: che rapporto vi è fra *questioni di fatto* e gli spazi di discrezionalità politica del legislatore? Questioni di fatto non sono *valutazioni* in senso proprio, cioè scelte di valore, bensì di questioni di verità, di conoscenza *wertfrei*. Ma le risposte a questioni di fatto possono essere premesse di valutazioni e scelte pratiche; e ciò emerge in tutta evidenza là dove le conoscenze siano incerte o comunque oggetto di discussione, e qualsiasi scelta normativa sottende una presa di posizione sulle premesse 'scientifiche' della scelta, scientificamente non incontroverse.

Nell'ammettere teoricamente la possibilità di un controllo in chiave di manifesta irragionevolezza, la Corte costituzionale si è poi mossa con estrema cautela. È arrivata a dichiarazioni di illegittimità di istituti non più accettati dal sentire comune (penso alla giurisprudenza dei primi anni '80 sulle presunzioni di pericolosità in materia di misure sicurezza, che ha aperto la strada alla abolizione legislativa del 1986). Di fronte a tecniche normative controverse, quali la costruzione di fattispecie di pericolo astratto, all'affermazione di un possibile controllo di costituzionalità non hanno fatto seguito decisioni di accoglimento, se non con riguardo a fattispecie ritenute obsolete (mendicità non invasiva: sentenza n. 519 del 1995) in base a criteri classicamente valutativi.

Una discussione generale del problema della rilevanza dei dati scientifici è stata fatta nella sentenza n. 114 del 1998¹⁰. La Corte ha affermato la possibilità

⁹ Riferimenti in D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2006, p. 795 s.; ID., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2008, p. 1004 s.

¹⁰ Con nota di G. AMATO in *Cass. pen.* 1998, p. 1909 s.; di L. VIOLINI in *Giur. Cost.* 1998, 975 s.; di F. INTRONA in *Riv. it. med. leg.* 1998, 564 s. La sentenza – di rigetto – è relativa ad una questione di legittimità costituzionale degli artt. 94 e 95 cod. pen., in relazione agli artt. 3 e 111 Cost., che metteva in forse il fondamento empirico della distinzione fatta dal codice, ai

di principio di un controllo in chiave di manifesta irragionevolezza nei casi in cui «*la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire*». Il metro del controllo, peraltro, è assai cauto: «*E tuttavia, perchè si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice*».

Collocato per così dire al confine del merito politico, il campo dei giudizi di fatto sottesi alle scelte del legislatore appare refrattario al controllo di legittimità costituzionale cui pure è teoricamente aperto.

5. Problemi della non punibilità

Questioni di uguaglianza sono state sollevate anche in relazione a norme di favore: non solo norme che prevedano cause di non punibilità (la cui ammissibilità è stata affermata da tempo: sentenza n. 148 del 1983), ma anche *norme penali di favore*, nei termini di cui alla tanto discussa sentenza n. 394 del 2006.

Disposizioni che restringano l'area della punibilità – ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza del 1983 – «*abbisognano di un puntuale fondamento, concretato dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali*», non necessariamente con disposizione espressa, purché *l'esenzione da pena sia il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco*. L'ammissione del sindacato di costituzionalità su *norme di favore*, che escludono la punibilità, risponde all'esigenza di *non lasciare aperta la strada ad odiose forme di privilegio*.

La sentenza n. 394 del 2006 ha applicato i principi già affermati per le cause di non punibilità in un caso in cui era in discussione una *norma incriminatrice di favore*, che cioè prevedeva un trattamento penale *meno severo* di quello altrimenti applicabile in base ad una norma più generale: il principio di legalità non preclude «*decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo: e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del*

fini dell'imputabilità, fra intossicazione acuta e intossicazione cronica da sostanze stupefacenti (l'imputabilità è esclusa solo dall'intossicazione cronica).

reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite)». In questi casi l'eventuale dichiarazione d'illegittimità della norma speciale, perché discriminatoriamente più favorevole, non interferisce con la riserva di legge sulle scelte di criminalizzazione: «l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale».

La sentenza *in malam partem* del 2006 è stata accolta nella dottrina penalistica con giudizi fortemente differenziati. Le valutazioni più critiche¹¹ ravvisano una forzatura della riserva di legge ed il rischio di una eccessiva politicizzazione del giudizio della Corte costituzionale. A ben vedere, pur nella novità della applicazione, v'è coerenza con i precedenti indirizzi della Corte: il sindacato *in malam partem* è stato ammesso in un ambito più ampio che non le cause di non punibilità in senso stretto, *per ragioni già enunciate nella sentenza n. 148/83*, che consentono e rendono doveroso il sindacato sulla non punibilità, cioè su un effetto ben più radicale di una minore severità punitiva.

Resta fermo che il controllo di legittimità costituzionale può e deve esercitarsi fino al limite segnato dal principio di legalità, ovvero dalla competenza esclusiva del legislatore sulle *scelte di penalizzazione*. Resta escluso un sindacato nel merito di scelte politiche, che diviene «possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio» (la sentenza del 2006 cita espressamente alcune sentenze recenti). Per un sindacato di legittimità si pongono i problemi relativi al principio di ragionevolezza.

Problema nuovo, posto dalla sentenza n. 394, è quello dei *criteri di identificazione delle norme penali di favore*. La Corte lo risolve sulla base di una distinzione già affiorata nella giurisprudenza costituzionale: quella fra le previsioni normative che *delimitano* l'area d'intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle (le norme penali di favore) che invece *sottraggono* una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva.

¹¹ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, A. CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più giusto. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Milano 2011, p. 159 s.

Questo criterio di distinzione presenta delicati problemi, certo bisognosi di approfondimento, ma coglie un punto cruciale: per poter fondare il sindacato di legittimità su ‘norme di favore’, è decisivo l’inserimento di queste (come disposizioni speciali) *dentro un ambito coperto da una scelta generale di penalizzazione*, tale da includere anche l’ambito della disposizione speciale, e suscettibile di espansione una volta che la disposizione di favore sia stata dichiarata illegittima.

Quanto ai criteri di valutazione della disciplina differenziata, sotto il profilo della ragionevolezza o irragionevolezza, verranno in rilievo i criteri elaborati in altri contesti penalistici in cui il principio d’eguaglianza è venuto in considerazione. Con riferimento a norme di favore, la questione presenta profili di maggiore delicatezza. La difesa di principio della sentenza n. 394/06 (che esercitando il controllo di legittimità ha invalidato una norma *penale di favore* smaccatamente *ad personam*) si accompagna ad una forte esigenza di controllo delle sue implicazioni. Lo spazio per sentenze d’accoglimento di questioni *in malam partem* – garanzia d’eguaglianza di fronte alla legge penale – abbisogna d’essere rigorosamente delimitato, evitando ogni sconfinamento nel merito politico delle scelte legislative.

6. Problemi della prescrizione

Un problema che presenta aspetti peculiari – che ho segnalato fin da subito, in tempi politicamente non sospetti¹² – riguarda la prescrizione così come ridisegnata dalla legge n. 251 del 2005, e segnatamente la disciplina degli atti interruttivi. Il prolungamento massimo dei tempi di prescrizione è stato differenziato secondo che l’imputato sia persona incensurata o senza precedenti penali che portino nella fascia dei recidivi, oppure un recidivo, o un recidivo qualificato. Da ciò l’interrogativo: differenze soggettive di questo tipo hanno una qualche connessione con le ragioni giustificative del tempo necessario a prescrivere, e in particolare con le ragioni giustificative del prolungamento dei termini di prescrizione connesso a vicende processuali?

Sono interrogativi retorici: nessuna differenziazione soggettiva fra categorie di imputati può venire in rilievo, per nessuna delle ragioni giustificative dei tempi necessari a prescrivere e delle esigenze di tempo legate al processo. La rilevanza ai fini della prescrizione, attribuita a differenziazioni soggettive dalla

¹² A partire dalla 2ª edizione (2007) di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, ed. Giappichelli.

novella del 2005, è del tutto ingiustificabile a fronte del principio di uguaglianza – ragionevolezza.

La scelta legislativa fatta in sede di riforma della prescrizione è stata contraddetta dal legislatore del 2008 (con la medesima maggioranza politica) a proposito di circostanze attenuanti generiche: un comma aggiunto all'art. 62-*bis* dal c.d. pacchetto sicurezza statuisce che la situazione di incensuratezza non può essere motivo di per sé sufficiente per la concessione delle attenuanti generiche, cioè per un effetto assai meno radicale dell'estinzione del reato.

In relazione alla disciplina differenziata del prolungamento dei termini di prescrizione, chi potrebbe avere interesse a sollevare la questione di legittimità costituzionale? Certamente non la difesa dell'incensurato. Potrebbe avere interesse la difesa dell'imputato recidivo il quale si trovi esposto ad un maggiore prolungamento termine di prescrizione. Formulata come questione *in bonam partem*, sarebbe una questione alquanto curiosa: non vi è nessuna ragione per *ridurre* per tutti il prolungamento dei tempi di prescrizione, conseguente ad atti interruttivi, al livello minore oggi riservato ai non recidivi. È la differenziazione di trattamento, e non la misura del prolungamento del tempo di prescrizione, a porre il problema di legittimità costituzionale.

Potrebbe la questione essere formulata *in malam partem*, puntando ad una equiparazione verso l'alto? Dal punto di vista della tenuta del sistema, il problema potrebbe porsi seriamente ove mai avesse corso la proposta (approvata da un ramo del Parlamento il 13 aprile 2011) di ridurre a un quarto il prolungamento dei termini di prescrizione per gli imputati incensurati (con effetti estintivi di molti processi in corso). L'argomentazione potrebbe essere (grosso modo) così impostata: se il prolungamento dei termini di prescrizione, a seguito di atti interruttivi, è giustificato nella misura prevista per la categoria di imputati meno favorita, allora la previsione di un tempo minore per alcuni sarebbe un favore non giustificato dalle ragioni sottese all'istituto.

7. *Al confine fra diritto e processo*

La proposta di legge presentata nel 2009 sotto l'etichetta mediatica di processo breve e l'etichetta tecnica di prescrizione del processo offre un'occasione per riflettere su rischi legati ad un uso scorretto – ingenuamente acritico o maliziosamente manipolatorio – del linguaggio giuridico.

Prescrizione del processo penale è una formula facilmente comprensibile. Esiste nell'ordinamento la prescrizione di un processo civile, prescrizione del

processo penale è un'idea entrata in circolazione come legata al principio costituzionale (processuale) della ragionevole durata del processo.

La prescrizione del processo è stata proposta come presidio della ragionevole durata, cioè di un interesse processuale. Ma davvero una prescrizione del processo serve ad *assicurare* la ragionevole durata? Assolutamente no, semmai prenderebbe atto di durate irragionevoli del processo.

Sarebbe una soluzione di significato puramente processuale, come la prescrizione del processo civile? No, non sarebbe una soluzione solo processuale. La prescrizione del processo penale travolgerebbe in via definitiva la possibilità di arrivare ad una sentenza di condanna: avrebbe i medesimi effetti, ad un tempo processuali e sostanziali, della prescrizione del reato¹³.

«*Frode delle etichette*», direbbe un linguaggio già da tempo in uso in dottrina. Parlare di prescrizione del processo, evocando un'ottica puramente processuale, significa cogliere un aspetto certamente significativo della situazione, ma non coglie il dato sostanziale e caratterizzante di un istituto che spezza la sequenza dal reato alla pena, producendo effetti sostanziali concernenti il punire o non punire. Un istituto, dunque, di diritto sostanziale, la cui razionalità e la cui legittimità vanno controllate alla luce di ragioni e di principi concernenti il penale sostanziale.

Al di là dei profili specifici di illegittimità costituzionale che possano ravvisarsi nelle proposte via via succedutesi nella XVI legislatura, in questa sede interessa richiamare l'attenzione sui problemi – anche di legittimità costituzionale – relativi ad istituti per così dire al confine fra diritto sostanziale e dimensione processuale. I processualisti si sono giustamente emancipati, da alcuni decenni, da una situazione di sostanziale sudditanza al diritto sostanziale. È bene che si siano emancipati, ma occorre essere consapevoli del rischio che le separazioni accademiche finiscano per diventare orizzonti artificiali di separazione intellettuale, secondo specializzazioni che riducano il giurista a studioso di singoli settori normativi, e non dei problemi che interpellano il mondo del diritto.

8. *Giudizio di costituzionalità e dimensione sovranazionale*

Un nuovo orizzonte di possibili questioni di legittimità costituzionale, aperto dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007, ha a che fare con le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: norme internazionali pattizie, che

¹³ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4^a ed., Torino 2011, p. 572 s.

rientrano fra gli *obblighi internazionali* al cui rispetto la potestà legislativa è vincolata ex art. 117 Cost. come novellato nel 2001. Le norme della CEDU non hanno valore di norme costituzionali, ma nel giudizio di costituzionalità delle leggi funzionano come ‘norme interposte’. La Corte costituzionale, investita di questioni relative a pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, è competente a «*verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe, e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta*». Il controllo di costituzionalità «*deve ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali ... e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione*».

L'interpretazione delle norme CEDU è di competenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 348/07, parla di «*funzione interpretativa eminente, che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a specificare i loro obblighi internazionali nella specifica materia*». Di fatto, sono le sentenze della Corte di Strasburgo che portano le norme della CEDU all'attenzione dei giudici italiani, attribuendovi un determinato significato. Nella discussione dottrinale è stato rilevato che non sempre è facile, né sempre possibile, estrarre dalle sentenze – che risolvono casi particolari, ambientati in un dato ordinamento – massime generali ed astratte adattabili in modo uniforme a tutti gli ordinamenti. Ed è stata messa in discussione la sostenibilità di un vincolo interpretativo incondizionato, anche richiamando il significato della giurisdizione come aspetto della sovranità dello Stato, e i rischi di un costituzionalismo multilivello concepito come una sorta di supermercato dei diritti¹⁴.

Sentenze successive della Corte Costituzionale (n. 311 e 317 del 2009) additano margini di autonomia del legislatore nazionale e del giudice delle leggi. L'argomentazione viene spostata dal piano formale a quello sostanziale dei contenuti delle norme: «*il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità delle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti*». Ciò comporta bilanciamenti fra interessi costituzionalmente protetti, che rientrano nel margine di apprezzamento del legislatore nazionale, e competono anche ai giudici della Consulta nella attività

¹⁴ Per un quadro d'insieme, E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano 2010.

interpretativa delle norme costituzionali. Resta fermo (sentenza n. 311 del 2009) il potere e dovere del giudice nazionale di saggiare la possibilità di un'interpretazione della norma interna conforme a quella della CEDU, «*fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica*».

Nei commenti dottrinali le precisazioni della giurisprudenza costituzionale sono state lette come risposta ad una stagione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo che sembra curarsi meno d'un tempo delle peculiarità anche costituzionali degli Stati membri. La Corte costituzionale sembra voler rimarcare la sua *better position* nell'apprezzamento delle peculiarità nazionali, sia rispetto ai giudici di Strasburgo sia rispetto alla magistratura ordinaria.

Con riguardo al diritto penale *sostanziale*, quale valore aggiunto ci si può attendere dalla CEDU nei giudizi di legittimità costituzionale? I principi della CEDU possono svolgere un'autonoma funzione, quali parametri nel giudizio di legittimità costituzionale, là dove apprestino garanzie non adeguatamente coperte dalla Costituzione e dall'ordinamento penale italiano.

La scarsissima casistica, anche negli anni successivi alle sentenze gemelle, mostra che si tratta d'uno spazio limitato, ma ha evidenziato un profilo importante: la concezione sostanziale di che cosa debba intendersi per sanzione penale, ai fini della applicazione delle garanzie previste dalla CEDU, può servire a reimpostare taluni problemi di garanzia di legalità, relativi ad istituti non formalmente definiti come pena ma aventi della pena i tratti essenziali.

Esemplare in questo senso la sentenza n.196 del 2010, relativa ad una particolare ipotesi di confisca: un istituto che il codice penale inserisce fra le misure di sicurezza. La Corte Costituzionale ha richiamato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dalla quale «*si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*» (con riferimento, s'intende, alle garanzie previste dalla CEDU); ha ritenuto che tale (punitivo-afflittivo) fosse il carattere della speciale ipotesi di confisca sottoposta al suo giudizio (confisca del veicolo col quale sia stato commesso il reato, art. 186 del codice della strada); e su queste premesse ha ritenuto l'illegittimità costituzionale di una applicazione retroattiva.

Sono anche emersi problemi di coordinamento fra principi costituzionali e principi CEDU. Interessante, sotto questo profilo, la sentenza n. 236 del 2001, relativa ad una norma contenuta in una legge di riforma della prescrizione del reato, che pone un limite alla applicazione retroattiva dei termini più brevi di prescrizione di cui alla legge sopravvenuta. La Corte Costituzionale ha ritenuto infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale riferita l'art. 7 della CEDU,

traendo dalla giurisprudenza di Strasburgo (Morabito contro Italia, 27 aprile 2010) la conferma che l'art. 7 «*riguarda solamente le norme penali sostanziali, e in particolare le disposizioni che influiscono sull'entità della pena da infliggere*». Il principio sulla retroattività *in mitius*, riconosciuto dalla CEDU, vale in un ambito più circoscritto rispetto all'art. 2 del codice penale italiano, che si riferisce anche alle norme sulla prescrizione.

La questione di costituzionalità, ritenuta infondata, se fosse stata accolta avrebbe modificato – ampliando l'ambito di applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione più favorevoli – le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale in precedenti sentenze (n. 393 del 2006 e n. 72 del 2008) sulla medesima disposizione transitoria della legge di riforma della prescrizione. L'invocazione della CEDU avrebbe funzionato come strumento per scardinare equilibri ritenuti coerenti con la nostra Costituzione.

9. *Obblighi di penalizzazione di fonte europea?*

Problemi di legittimità costituzionale (anche di norme penali) possono avere radice nel diritto europeo. C'è da dire che, per quanto concerne i rapporti fra diritto europeo e ordinamento italiano, il primato del diritto europeo sul diritto interno – pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza europea e da quella italiana – comporta effetti (disapplicazione della norma interna illegittima) che rientrano nella competenza della giurisdizione ordinaria, senza bisogno di passare dalla Corte costituzionale là dove la normativa europea sia autoapplicativa (è il caso dei regolamenti). Con riguardo al penale, ci troviamo di fronte ad un *apparente paradosso*: il diritto europeo, pur non competente a porre direttamente norme penali, nemmeno dopo il Trattato di Lisbona, è legittimato a produrre effetti sul diritto penale nazionale, allo stesso modo in cui è a ciò legittimato l'insieme dell'ordinamento legale nazionale.

Di fatto, il diritto penale speciale è stato largamente plasmato da direttive europee cui l'ordinamento italiano si è adeguato, magari con ritardo.

È sorta questione se obblighi di penalizzazione di fonte europea possano fondare giudizi di illegittimità costituzionale. La Corte europea (sentenza 3 maggio 2005) ha ritenuto che «*una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati*». Questo orientamento appare in linea con la giurisprudenza costituzionale italiana, che afferma (*supra* § 2) la *inammissibilità di questioni di legittimità costituzio-*

nale volte alla creazione o all'ampliamento di fattispecie di reato.

Nel quadro dei rapporti fra diritto interno e diritto europeo, la questione degli obblighi di penalizzazione presenta profili diversi da quello che sta alla base della giurisprudenza costituzionale. Principi costituzionali (o di contenuto analogo, tipo CEDU) hanno a che fare con valori di fondo, cioè fondanti per l'ordinamento giuridico complessivo. Se facciamo invece riferimento a normative *derivate* del diritto europeo, i contenuti di queste stanno su un piano che non è quello dei principi generali dell'ordinamento. Là dove siano posti obblighi per i legislatori degli Stati membri (non fa differenza se su questioni di principio o su discipline di dettaglio) *il nodo problematico attiene al rapporto fra fonti diverse*, sul piano delle concrete politiche legislative penali. Il problema concerne, da un lato, la potestà di chi pone l'obbligo (quale competenza formale abbia, se abbia sufficiente legittimazione democratica, se le sue scelte siano ragionevoli); dall'altro lato, la potestà del legislatore nazionale, destinatario dell'obbligo (di obblighi posti a livello europeo in vista di obiettivi eminentemente politici dell'Unione). La natura dell'obbligo – di adeguata penalizzazione – enfatizza l'aspetto paradossale dell'architettura del sistema.

Nella discussione che si è sviluppata attorno a questi problemi¹⁵, sono stati chiaramente evidenziati i rischi ed i punti deboli di ricostruzioni del sistema che, in nome di obblighi comunitari di tutela, aprono ad un sindacato di legittimità costituzionale *in malam partem*, volto a riespandere la portata di norme incriminatrici. Diciamo 'riespandere', perché è incontroverso che un sindacato di costituzionalità non può prospettarsi a fronte dell'assenza di disposizioni legislative che avrebbero dovuto essere emanate in adempimento di obblighi comunitari di tutela, ma non sono state emanate. Il problema di legittimità costituzionale potrebbe porsi – secondo chi lo ritiene proponibile – soltanto in relazione a norme che, abrogando una tutela penale preesistente (ed adeguata rispetto all'obbligo comunitario di tutela), vi abbiamo sostituito una tutela inadeguata (o addirittura la abbiamo fatta cadere). L'invalidazione della norma illegittima (perché insufficiente rispetto alla tutela dovuta) comporterebbe la reviviscenza della norma abrogata.

Questa tesi non è stata accolta dalla Corte europea, ed è controversa in dottrina. La ragione fondamentale di critica è che la posizione di obblighi di tutela *penale* erode una componente discrezionale (del legislatore nazionale) necessaria per tenere aperto un circuito in cui le incriminazioni non siano irrigidite per sempre al livello più rigoroso che abbiano attinto, ma possano *entrare e uscire*,

¹⁵ C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano 2007.

venire modificate, o venire assoggettate a sanzioni diverse.

Dichiarazioni d'illegittimità costituzionale, conseguenti ad incompatibilità col diritto europeo, potrebbero produrre effetti *in malam partem* nei limiti additati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale a proposito del sindacato su cause di non punibilità (sentenza n. 148 del 1983) e su norme penali di favore (n. 394 del 2006).

Una dichiarazione d'incostituzionalità con effetti *in malam partem*, fondata su obblighi di fonte europea che il legislatore italiano non aveva adempiuto correttamente, è la sentenza n. 28 del 2010: dichiarazione d'illegittimità di una disposizione derogatoria alla disciplina generale (anche penale) dei rifiuti¹⁶, ed alla definizione di rifiuto posta dalle direttive europee, come interpretate da una serie di sentenze della Corte di Lussemburgo (riguardava l'Italia la sentenza Niselli, del 2004).

10. *Patologie del sistema sanzionatorio*

Questioni serie, che finora non sono state portate al giudizio della Corte costituzionale, attengono a talune patologie della discrezionalità giudiziale, derivanti da difettoso coordinamento fra pene edittali e disciplina delle circostanze. Caso emblematico (e di grande rilievo) la disciplina sanzionatoria dell'omicidio aggravato quando ricorrano circostanze attenuanti, come di fatto avviene e la cronaca giudiziaria ha avuto occasione di evidenziare. Pensiamo ad un omicidio aggravato ex art. 576 o 577 cod. pen. (poniamo, da motivi abietti o da crudeltà) commesso da persona in stato di capacità ridotta (con conseguente applicabilità della diminuzione ex art. 89). La complessiva disciplina sanzionatoria applicabile all'omicidio doloso produce effetti francamente paradossali: il giudice, secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento, può andare *o al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie*. Potrà condannare all'ergastolo (o a 30 anni, nel rito abbreviato) ove ritenga prevalenti le aggravanti, oppure, in esito a un giudizio di equivalenza o di prevalenza di attenuanti, potrà al massimo arrivare a 24 anni.

Il salto secco nelle possibilità di commisurazione della pena, secondo gli esiti del bilanciamento fra circostanze, spezza la corrispondenza fra la scala delle

¹⁶ A.M. MAUGERI, *La dichiarazione di incostituzionalità di una norma per la violazione di obblighi comunitari ex art. 11 e 117 Cost.: si aprono nuove prospettive?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1134 s.

possibili valutazioni di gravità e la scala delle possibili sanzioni. La scala delle possibili valutazioni di gravità, collegate a un insieme di circostanze aggravanti e attenuanti, è logicamente un *continuum*, così come (se è consentita una metafora) v'è un *continuum* fra le posizioni relative dei due piatti della bilancia, in funzione del variare dei pesi. Le conseguenze in punto di pena, però, *non* possono seguire puntualmente le variazioni dei pesi sulla bilancia, là dove una fascia di possibilità sia esclusa dal combinarsi dei limiti edittali con la disciplina del bilanciamento di circostanze.

Un simile buco nero dentro la scala delle possibili scelte sanzionatorie – possiamo definirlo come *discrezionalità discontinua* – è irrazionale, incoerente con la stessa logica del bilanciamento fra circostanze. La censura di violazione del principio d'uguaglianza e dei principi relativi alla pena (artt. 3 e 27 Cost.) potrebbe essere sollevata circa i possibili effetti della disciplina del bilanciamento, applicata a circostanze (come quelle degli artt. 576 e 577) che spostano i limiti edittali in modo da aprire un buco nero nella scala delle possibili scelte sanzionatorie.

Pur essendo priva di razionalità, per la difesa dell'imputato una tale disciplina può essere utile: può indurre il Giudice a passare dai trenta anni, pena troppo severa, alla commisurazione più favorevole. La cronaca giudiziaria ci informa di casi in cui in primo grado v'è stata condanna severa, con giudizio di prevalenza delle aggravanti; in secondo grado condanna mite, forse ingiustificatamente mite, probabilmente sorretta dalla ritenuta (ancorchè non spendibile come motivazione legittima) opportunità di evitare una eccessiva severità.

Chi potrebbe avere interesse a sollevare la questione di legittimità costituzionale? Sarebbe una questione con effetti potenziali sia *in bonam* che *in malam partem*: il suo accoglimento recupererebbe alla discrezionalità giudiziale spazi intermedi fra quelli segnati dal diritto vigente. Potrebbe essere (forse) impostata come questione *in bonam partem* denunciando come illegittimo il possibile azzeramento delle attenuanti qualora le aggravanti fossero da ritenere prevalenti (e magari siano già state ritenute prevalenti nel giudizio di primo grado). In questi termini, la questione potrebbe essere sollevata sia dalla difesa che dal PM.

* * *

Il quadro di problemi qui delineato non è certo esaustivo. Rispecchia studi ed esperienze e riflessioni di chi scrive; la realtà dei fatti e dei problemi è più ricca di qualsiasi orizzonte personale. Se si vuole tentare una sintesi, direi che il riferimento ai principi costituzionali mantiene tutta la sua forza critica rispetto

a una legislazione penale rimasta a mezzo di un interminabile guado, e per tanti aspetti rifluita verso schemi discriminatori. Molti fra i problemi attuali ruotano attorno al principio d'uguaglianza. Disponiamo ormai di un patrimonio di giustizia costituzionale abbondante e (nell'insieme) positivo, che ha additato la soluzione di molti problemi (vedi capitolo della colpevolezza) e offre base per l'impostazione di problemi nuovi, innanzi tutto a livello di interpretazione ed applicazione della legislazione ordinaria, ma anche sul piano di questioni di legittimità costituzionale. Per l'avvocato penalista, i principi costituzionali restano la stella polare d'un lavoro quotidiano, a tutto campo.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012