

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893 DA GENNARO ESCOBEDO

GIÀ DIRETTA DAL
Prof. Avv. GIUSEPPE SABATINI

COMITATO SCIENTIFICO

FERRANDO MANTOVANI

Ordinario di diritto penale

GIOVANNI CONSO

Ordinario di procedura penale Pres. em. Corte Costituzionale

CORRADO CARNEVALE

Presidente di sezione della Corte di Cassazione

PAOLO DELL'ANNO

Ordinario di diritto amministrativo

ORESTE DOMINIONI

Ordinario di procedura penale

ANGELO GIARDA

Ordinario di procedura penale

FAUSTO GIUNTA

Ordinario di diritto penale

CARLO FEDERICO GROSSO

Ordinario di diritto penale

GIORGIO SANTACROCE

Presidente della Corte di Appello di Roma

VINCENZO SCORDAMAGLIA

Ordinario di diritto penale

GIUSEPPE RICCIO

Ordinario di procedura penale

GIORGIO SPANGHER

Ordinario di procedura penale

NATALE MARIO DI LUCA

Ordinario di medicina legale

FRANCESCO BRUNO

Ordinario di pedagogia sociale

PIETRO NOCITA

Direttore Responsabile

REDAZIONE: DIANA CAMINITI, Magistrato; LUIGI CIAMPOLI, Magistrato; ANTONELLA DE BENE-DICTIS, Avvocato; ALESSANDRO DIDI, Ricercatore procedura penale Univ. di Roma "Tor Vergata"; FILIPPO DINACCI, Professore associato procedura penale Univ. di Bergamo; FABIANA FALATO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; FRANCESCO FALCINELLI, Avvocato; VANIA MAFFEO, Ricercatore procedura penale Univ. di Napoli "Federico II"; MARCO MARIA MONACO, Dottore di Ricerca procedura penale; GIUSEPPE NOVIELLO, Magistrato; NITTO FRANCESCO PALMA, Magistrato; FEDERICA PUGLIESE, Avvocato; Dott.ssa FRANCESCA ROSSO; PIER GERARDO SANTORO, Avvocato; PAOLO SIRLEO, Magistrato; DELIO SPAGNOLO, Magistrato; ROBERTO STAFFA, Magistrato; Dott.ssa TIZIANA TREVISSON LUPACCHINI, Università "Tor Vergata" di Roma.

On line: www.lagiustiziapenale.org - webmaster e digital edition (ebook):

Spolia - info@spolia.it

Sede della Rivista: 00195 ROMA - Viale Angelico, 38

E-mail: giustpen@gmail.com

Telefono (06) 321.53.95 - Fax (06) 372.25.74

ISSN 1971 - 4998

I signori abbonati sono pregati di leggere le avvertenze e le condizioni di abbonamento.
I signori abbonati sono pregati di effettuare i versamenti direttamente a mezzo del Conto Corrente Postale n. 00725002 o del conto corrente bancario IBAN IT 13 B 02008 05167 000401287612.
L'Amministrazione non risponde dei versamenti effettuati a mezzo di agenti, agenzie librarie o librerie.
I cambi di indirizzo non possono avere effetto immediato, ma hanno effetto per la spedizione relativa al fascicolo successivo.

DIBATTITI

**Corte costituzionale e diritto penale nell'epoca
della democrazia maggioritaria.
La problematica angolazione delle c.d. discipline di favore ⁽¹⁾.**

SOMMARIO: 1. Il tema. - 2. Ruoli e legittimazioni. - 3. Il contesto. - 4. La Corte costituzionale come antidoto contro la dittatura della maggioranza. - 5. Crisi dei legislatori e delle legislazioni. - 6. La Consulta e la vita politica. A proposito della nomina dei giudici costituzionali. - 7. Le decisioni della Corte costituzionale e l'aspirazione all'unanimità. - 8. Il sindacato di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza. - 9. La censura delle leggi penali irragionevolmente liberticide. - 10. Il controllo di costituzionalità delle leggi penali di favore. La ragionevolezza della Corte. - 11. La tipicità come esclusività legislativa. Le incongruenze della sentenza n. 394/2006 in materia di falsi elettorali. - 12. L'interpretazione della pronuncia in materia di falsi elettorali da parte dei giudici remittenti. - 13. La tenuta del principio della riserva di legge. - 14. Il trattamento differenziato fondato sulle caratteristiche del soggetto attivo del reato. - 15. Le discipline di favore *post factum*. - 16. La clemenza discriminante. - 17. Le discipline *ad personam*. - 17.1. La grazia. - 17.2. Le leggi c.d. provvedimento. - 18. La Corte costituzionale e l'irriducibilità della specificità penalistica. - 19. La Corte costituzionale nello scenario del diritto europeo.

1. *Il tema.* - Una riflessione sul ruolo odierno della Corte costituzionale nel settore penale non può prescindere da una premessa più generale: l'accresciuta complessità del diritto incide su ciascuna delle sue fondamentali fasi di vita, incrementandone, a sua volta, la problematicità.

Innanzitutto, il riferimento è al momento genetico della produzione, che, per quanto riguarda la materia penale, è affidato, per dettato costituzionale, al monopolio del legislatore, ossia in definitiva alla scelta politica formatasi secondo la logica che a prevalere sia la volontà regolativa della maggioranza. Ebbene, la proliferazione, talvolta selvatica e ingarbugliata, delle fonti ha indebolito la preminenza del diritto legislativo. Nondimeno, nella materia penale, non si può prescindere dal dato costituzionale: piaccia o non piaccia, il principio di legalità, perentoriamente affermato all'art. 25, comma 2, impedisce di sbarazzarci del legislatore. La qual cosa ci solleva al contempo da un interrogativo, altrimenti ineludibile e impegnativo: a chi andrebbe affidata, in alternativa, la scelta politico-criminale? Alla riserva di legge non pare esserci, al momento, alternative; ma ciò non aiuta perché non ci sono nemmeno alternative alla crisi della riserva di legge.

⁽¹⁾ E' il testo della relazione svolta al Corso di aggiornamento professionale sul tema "Corte costituzionale e giustizia penale" (Firenze, 11 gennaio 2011).

In secondo luogo, viene in rilievo la fase dell'interpretazione, che, pur dovendosi orientare ai valori costituzionali, ossia *in primis* ai diritti fondamentali della persona, sembra prediligere, in questo frangente storico, letture estensive del divieto penale, all'occorrenza formalistiche o sfacciatamente analogiche. Il formante giurisprudenziale, non di rado assecondato da quello dottrinale, sembra considerare la fattispecie incriminatrice come uno strumento flessibile di controllo sociale. A fronte di ciò, tuttavia, nessuno si sentirebbe di affermare che la libera interpretazione del diritto sia un mezzo giustificato dal fine repressivo. Se così fosse, ci troveremmo davanti al baratro di un'ermeneutica illiberale e soggettivistica, totalmente in balia delle precomprensioni dell'interprete di turno. Il diritto penale è l'esatto contrario: non avrebbe ragion d'essere la funzione regolativa dell'ordinamento, se l'interpretazione della norma fosse interamente rimessa alla sensibilità sociale del giudice e all'eventuale accondiscendenza della dottrina. La norma penale, come noto, non tutela solo la collettività dal reato; essa garantisce al contempo il cittadino accusato di un reato contro gli eccessi dello *ius puniendi*. È sintomatico, dunque, dello stato di salute del sistema che, di fronte a norme penali indeterminate, la giurisprudenza ordinaria, quale "portiere" della Consulta, non di rado ne precluda il controllo di costituzionalità, salvaguardando, così, gli spazi di arbitrarietà applicativa che la norma imprecisa consente al giudice. Certo, prima di sollevare la questione di costituzionalità, è compito del giudice provare a sanare in via interpretativa il difetto di determinatezza. Tuttavia, non sono pochi i casi in cui, dietro la disattenzione della giurisdizione per il principio di determinatezza della legge penale, si palesa la chiara volontà di perpetuare valutazioni caso per caso (si pensi alla tormentata vicenda della nozione di rifiuto).

In terzo luogo, e per l'appunto, deve considerarsi il meccanismo, talvolta risolutivo della vita stessa della norma, del controllo di legittimità costituzionale, che assicura la non incompatibilità del prodotto legislativo con i valori e i principi affermati nella Costituzione. La Corte produce indubbiamente diritto, perché contribuisce a modificare l'ordinamento giuridico con decisioni dotate di validità generale e astratta. Non a torto, dunque, con riferimento alla sua attività, si è parlato di funzione metalegislativa. Ciò non significa, però, che si tratti di un controllo privo di limiti, soprattutto nel settore del diritto penale, dove, a rigore, sarebbero da escludere pronunce dagli effetti *in malam partem*. La giurisprudenza costituzionale è solitamente assai attenta nel rispettare il *favor libertatis*, anche se non mancano ingiustificate sortite, fortunatamente isolate, di segno opposto.

Ebbene, anche per via di questa, seppure occasionale, intraprendenza, si è venuto intensificando il dibattito sui limiti della giurisdizione costituzionale segnatamente nel campo penale, dove, per una risalente e già richiamata tradizione, la legge ha una funzione di garanzia, tendenzialmente invalicabile da parte dello *ius puniendi*.

Quest'ultimo rilievo porta dritto a una conclusione che concerne l'oggetto di una riflessione sul ruolo della Corte costituzionale: non ci si può limitare alla dimensione puramente descrittiva dell'odierna complessità del diritto. Il giurista che sorvola sulla legittimazione a produrre diritto non fa fino in fondo il suo mestiere.

2. Ruoli e legittimazioni. - Com'è generalmente riconosciuto, i testi costituzionali sono metanorme, il cui significato è eccedente rispetto al loro contenitore linguistico. Ne consegue che l'interpretazione delle norme costituzionali richiede valutazioni di contesto assai più aperte di quelle consentite al giudice penale nell'interpretazione delle leggi ordinarie.

L'attività ermeneutica della Consulta, quale giudice delle leggi (anche penali), differisce, pertanto, da quella del giudice soggetto alla legge *ex art. 101, comma 2, Cost.* Infatti, il raggio di azione

del giudice (salvo che non abbia ad oggetto norme di parte generale o fattispecie incriminatrici indeterminate) ha coefficienti di creatività limitati, che non soltanto sono circoscritti all'ambito dei significati consentiti dal linguaggio, ma risultano ulteriormente ridotti sia dalla funzione selettiva dei principi di garanzia (essenzialmente offensività e colpevolezza), sia dalla verifica di congruità dei significati così individuati con il contesto sociale su cui la norma viene a incidere.

Ma la posizione della Corte costituzionale differisce, ancor più marcatamente, da quella del legislatore, che, nell'esercitare l'iniziativa politica da cui origina la norma, gode della massima libertà valutativa del contesto sociale, con il solo vincolo del rispetto dei valori e dei principi espressi nella Costituzione. È vero che, talvolta, il legislatore è chiamato a onorare obblighi di tutela sia costituzionali che europei; si tratta tuttavia di casi tassativi, che peraltro lasciano al Parlamento margini di discrezionalità apprezzabili e indispensabili per evitare disarmonie all'interno del sistema penale (cfr. C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 294 s.). In breve: la libertà di legiferare nel rispetto della Costituzione resta la regola, mentre l'obbligo di tutela, consistente in un vincolo di scopo, costituisce l'eccezione.

Ebbene, il Parlamento crea e modifica l'ordinamento sulla base di una legittimazione di tipo rappresentativo, che, pur senza alcun vincolo di mandato in capo ai parlamentari, consente l'indiretta partecipazione democratica dei cittadini alla produzione dello *ius terribile*. Per converso, la legittimazione della Corte non deriva soltanto dalla sua terzietà (condizione irrinunciabile, quest'ultima, di ogni giudice), ma dalla speciale autorevolezza dell'organo. Sarebbe esiziale, però, considerare la Consulta un aristocratico collegio di saggi, dotati di elevate competenze tecniche. La legittimazione della Corte, proprio in quanto organo che interpreta, oltre il testo, anche il contesto, non è solo una condizione di partenza, collegata alla biografia dei suoi membri, ma l'effetto del consenso che incontra la sua giurisprudenza in una più ristretta cerchia sociale, qual è il circuito dei giuristi, di cui la c.d. dottrina è un'importante componente. È il mondo della cultura giuridica, in definitiva, che legittima la Corte costituzionale, la quale, a sua volta, dovrebbe rappresentarlo al meglio, ossia in modo anche pluralistico.

3. Il contesto. - Molte cose stanno cambiando nel mondo del diritto penale. Le cause sono molteplici, eterogenee e sinergiche. Esse contribuiscono a modificare (secondo alcuni, addirittura a scardinare) l'assetto istituzionale e la cornice culturale sviluppatasi nella seconda metà del secolo scorso.

Si va dalla c.d. delegittimazione della (classe) politica alla crisi del parlamentarismo, con conseguente ulteriore svalutazione della *lex parlamentaria*. Il punto di emersione più evidente è il segnalato proliferare di fonti regolamentari, che spadroneggiano nelle vesti di elementi normativi del fatto tipico. A ciò si aggiunga l'avanzata della normativa europea, soprattutto integratrice, che tende a ridurre, anche nel campo penale, la centralità del Parlamento come luogo di produzione del diritto.

E ancora: correnti di pensiero, che trovano pronta eco nella giurisprudenza, hanno messo di fatto in discussione la categoria della fattispecie come criterio-guida del ragionamento giuridico. Per questa via, il bilanciamento degli interessi, che è proprio della funzione regolativa del diritto, finisce per rifluire interamente nelle mani dell'interprete. Nel campo penale ciò equivale alla svalutazione della tipicità, quale sintesi legislativa degli interessi in gioco non ribaltabile da parte del giudice. È questa, infatti, la precipua funzione della categoria del fatto tipico, ancorata a connotati descrittivi precisi e tassativi, non estendibili analogicamente. Oggi assistiamo alla crescita degli elementi valutativi del fatto tipico

che modificano la tradizionale concezione della tipicità come fotogramma.

Ma non può sottacersi nemmeno la tendenza del giudice penale a porsi come diretto interprete del sociale, più che della norma giuridica, del contesto più che del testo (come se l'enunciato normativo fosse una metanorma), sicché anche le componenti incontrovertibilmente descrittive della tipicità vengono travolte dall'interpretazione giudiziale, con buona pace dei diritti di libertà su cui impatta la pena e sull'istanza di affidamento del cittadino sul testo di legge.

Da qui l'evoluzione del ruolo della giurisprudenza, che è divenuta fonte del diritto, non sempre complementare alla legge, ma spesso concorrenziale rispetto ad essa, quando non addirittura conflittuale. Nel momento in cui, svalutando la parola della legge, si ammette che il giudice possa decidere senza vocabolario o oltre il vocabolario, viene meno per il cittadino l'affidamento sul testo e la sua stessa utilità. Il dovere di conoscenza della legge, cardine irrinunciabile dell'ordinamento, finisce per estendersi, non sempre ragionevolmente, all'interpretazione: non solo a quella consolidata, ma anche a quella possibile.

L'epilogo non è certo un diritto penale più giusto. È vero che il diritto penale non è soltanto un fenomeno linguistico: l'enunciato normativo - lo ha sottolineato efficacemente Marcello Gallo - diventa norma dopo che è intervenuta l'interpretazione. Ma se l'interpretazione prescinde dal testo, viene meno il parametro di giudizio e la stessa funzione del diritto sostanziale. La giurisprudenza diventa soggetta a se stessa.

E ancora: indubbiamente, come ha ricordato Antonio Ruggieri, la Corte costituzionale è garante dei diritti. Nondimeno, nel campo penale il diritto fondamentale - quello della libertà personale - è assicurato proprio dalla riserva di legge, la quale, nonostante i suoi segnali di crisi, non ha ancora trovato un equivalente garantistico sostitutivo. Ciò ha riflessi sul ruolo dell'avvocato difensore, che - devo questo rilievo a una riflessione di Emanuele Fragasso - mentre in passato difendeva il proprio assistito per lo più da leggi liberticide, oggi non di rado lo difende facendo valere la funzione di garanzia della legge, contro le spinte antilegalistiche della pubblica accusa e sovente della giurisdizione.

In breve: la concezione formale della legalità, funzionale - come ogni linguaggio formalizzato - alla certezza della norma quale regola di condotta e al contenimento dello *ius puniendi*, sembra cedere il passo al forte influsso di americanismi fuori contesto, proposti come frutti di una cultura giuridica più adeguata ai tempi in quanto polarizzata sulla produzione giudiziale del diritto, ma senza il sistema di garanzie e di legittimazioni democratiche tipiche del diritto angloamericano; senza considerare, cioè, il vincolo del precedente, il diverso sistema di reclutamento dei giudici, l'esistenza della giuria come giudice della prova e l'estrazione politica dei pubblici accusatori.

Da ultimo, ma non per ultimo, va tenuto conto di un'importante riforma intervenuta nel nostro ordinamento. Il riferimento è al passaggio dal sistema elettorale proporzionale, che ha rappresentato la costante della c.d. prima Repubblica, a quello maggioritario. La nostra Costituzione è legata alla legge elettorale proporzionale dal punto di vista non solo storico, ma anche logico. Basti pensare alla centralità del Parlamento quale luogo privilegiato del confronto politico e di formazione del diritto penale, alla relativa "debolezza" del Governo, cui solo eccezionalmente compete la potestà normativa in materia penale, e alla soggezione del giudice alla legge, per la quale il giudicante è interprete di un parametro di giudizio che logicamente preesiste all'attività ermeneutica.

Tutto ciò influisce anche sull'attuale ruolo della Consulta: non solo la logica del maggioritario (forse poco adatta alla disomogeneità politica del nostro Paese), ma anche il complesso dei fattori culturali di cui si è detto e dei quali l'accresciuta in-

traprendenza della giurisdizione sembra essere il riflesso. E' in questo contesto, dunque, caratterizzato dalla svalutazione della legislazione e dalla speculare enfattizzazione del diritto giurisprudenziale, che sta progressivamente mutando anche il ruolo della Corte costituzionale.

4. *La Corte costituzionale come antidoto contro la dittatura della maggioranza.* - Con una felice espressione, si insegna che la Consulta è la custode della Costituzione. In particolare, nel campo del diritto penale, il controllo di costituzionalità garantisce l'inviolabilità dei diritti fondamentali contro le spinte liberticide della politica criminale.

Ora, a questa tradizionale definizione della sua funzione, se ne accompagna un'altra, che da qualche tempo riscontra maggiore interesse per via della sua evidente problematicità. La Corte costituzionale - si dice - è chiamata a contenere l'onnipotenza del Parlamento (cfr., per esempio, l'opuscolo divulgativo dal titolo: *Cos'è la Corte costituzionale*, Roma, 2002, p. 10 s.), ossia a contrastare gli eccessi di potere della politica che sconfinano nella c.d. dittatura della maggioranza, formatasi pur sempre democraticamente. Questa funzione si è venuta ulteriormente accentuando, negli ultimi lustri, con il passaggio alla legge elettorale maggioritaria. Com'è stato osservato, infatti, "il concetto di democrazia maggioritaria, se portato alle sue ultime conseguenze, sembra collidere con il principio della divisione e separazione dei poteri" (S. Bartole, *Democrazia maggioritaria*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, 2001, p. 354). Da qui, tra l'altro, il rafforzamento della Corte costituzionale come contrappeso istituzionale.

Nel campo penale, questa accentuazione del ruolo della Corte costituzionale si è venuta caratterizzando tanto per l'oggetto dello scrutinio di legittimità, quanto per il criterio di giudizio.

Con riguardo al primo, il riferimento è all'estensione del controllo di costituzionalità. Esso, secondo una giurisprudenza recente, ancorché isolata, comprende oggi anche le leggi penali di favore e, più in generale, l'ambito della non punibilità.

Per quel che concerne, invece, il parametro di valutazione, viene in rilievo la crescita d'importanza del canone della ragionevolezza.

Combinando l'estensione dello scrutinio e il parametro di giudizio, ne consegue che, com'è accaduto con la sentenza n. 394/2006 in materia di falsi elettorali, l'ablazione della disciplina ritenuta irragionevolmente favorevole, può produrre una dilatazione, ad opera della Consulta, dell'area del penalmente rilevante.

Si prescinda pure, al momento, dall'ammissibilità di un siffatto sindacato. È di tutta evidenza che il criterio della ragionevolezza c.d. intrinseca della scelta legislativa, utilizzato dalla Corte costituzionale, eleva a livello della legittimità il giudizio sulla razionalità del merito politico.

Pertanto, in un sistema partitico sedicente bipolare, quale aspira a essere oggi il nostro, la Corte costituzionale, nel contrastare gli abusi della maggioranza politica, può trovarsi a esprimere le stesse censure fatte valere, con fisiologico antagonismo, dalle forze di opposizione. È fin troppo evidente, dunque, il rischio che, per effetto di uno schiacciamento prospettico, le pronunce di "irragionevolezza" della Corte vengano recepite o strumentalizzate alla stregua di giudizi politici.

Del resto, è anche vero che, vigente la legge elettorale proporzionale, la giurisprudenza costituzionale si è a lungo caratterizzata - soprattutto nei settori, come quello penale, coperti dalla riserva di legge - per un proverbiale *self-restraint*, ancora oggi professato ma, per il vero, assai meno praticato. Evidentemente, una legge votata da una maggioranza ampia, nella quale confluivano forze politiche diverse, risultava più difficile da sindacare nei suoi profili di ragionevolezza di quanto non lo sia oggi una legge votata da una maggioranza parlamentare, che è tale anche grazie al premio di seggi ottenuto in sede elettorale. La critica che si rivolge all'at-

tuale legge elettorale, ossia che la maggioranza degli eletti non rispecchia la maggioranza degli elettori, influenza l'intero sistema, accreditando la tesi secondo cui la legge elettorale - quale che sia - abbia un implicito valore costituzionale (di recente, v. M. Croce, *Appunti in tema di costituzione italiana e sistemi elettorali*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, n. 1/2010, p. 2).

Ma vi è dell'altro. Tramontata l'epoca delle grandi e durevoli codificazioni, le pecche della legislazione attuale si fanno facile bersaglio di quella parte della dottrina che da tempo ridimensiona le virtù del legislatore. Si tratta di voci affatto significative e non solo per la loro autorevolezza. Gustavo Zagrebelsky, presidente emerito della Corte costituzionale, ha contrastato a lungo l'idea della norma giuridica come volontà che si impone dall'alto, ossia come promanazione muscolare di una maggioranza (cfr., di recente, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, p. 304 s.). Ancor più recisamente per Paolo Grossi, odierno giudice costituzionale, "questo legislatore troppo idealizzato va finalmente depresso da un olimpo immeritato e guardato nelle sue miserie" (cfr. *Pagina introduttiva*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 26, 1997, p. 2).

È con tali non indifferenti rilievi che deve misurarsi una riflessione sul ruolo della Corte costituzionale nell'epoca del maggioritario. Al contempo, ci si deve chiedere fino a che punto la Consulta può fungere da argine alle spinte di una "maggioranza maggioritaria". Come fugare la preoccupazione che il canone della ragionevolezza finisca per legittimare, anche a discapito della libertà personale, una diversa ed elitaria volontà normativa?

5. *Crisi dei legislatori e delle legislazioni*. - Lo scadimento del prodotto legislativo è sotto gli occhi di tutti. Certamente sull'odierna incuria normativa influisce l'imperizia dei legislatori, alla quale non è estranea, a sua volta, la logica di fidelizzazione partitica che non di rado guida il reclutamento dei parlamentari. Ma i disegni di legge - si sa - provengono in larga misura dai consiglieri del principe, ossia dai giuristi che militano nei partiti politici o operano nei ministeri. Evidentemente la modesta qualità dell'attuale legislazione è il riflesso, anche sotto il profilo della tecnica normativa, di uno scadimento che investe l'intero mondo del diritto.

Ma la crisi della legge presenta un altro e non secondario aspetto. Nel campo del diritto penale, il sistema elettorale maggioritario attenua il significato garantistico della riserva di legge, poiché non consente di distinguere tra maggioranza governativa e maggioranza parlamentare. Lo dimostra, in termini più generali, lo stesso capovolgimento di funzione che caratterizza il sempre più frequente ricorso alla fiducia parlamentare da parte del Governo. Esso è diventato il mezzo per sincopare il dibattito parlamentare, uno strumento di controllo del Governo sul Parlamento. Il paradosso è evidente: "non è il presidente del Consiglio (chiunque sia) a godere della fiducia della maggioranza, ma è la maggioranza parlamentare a godere della fiducia del presidente del Consiglio" (L. Violante, *Magistrati*, Torino, 2009, p. 139).

In breve: la funzione garantistica della riserva di legge è indebolita, non soltanto dalla summenzionata forza integratrice delle fonti regolamentari interne ed europee, ma anche dall'attuale sistema maggioritario. Da qui, e nella prospettiva di un riequilibrio garantistico, la proposta di elevare il *quorum* per l'approvazione di nuove incriminazioni, equiparandolo a quello richiesto per le leggi di amnistia (E. Musco, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 272); una soluzione, questa, che ricorda la scelta effettuata dall'ordinamento spagnolo, dove la produzione del diritto penale è riservata in via esclusiva alla *ley organica*, per la cui approvazione è richiesta la maggioranza assoluta (F. Palazzo, M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005, p.

139).

6. *La Corte e la vita politica. A proposito della nomina dei giudici costituzionali*. - I rapporti tra Corte costituzionale e mondo politico sono massimamente delicati.

Com'è noto, alla Consulta hanno avuto accesso - e non solo nella quota dei giudici eletti dal Parlamento - anche giuristi che avevano alle spalle una significativa carriera politica (si pensi agli ex Guardasigilli che sono diventati giudici costituzionali). Il sistema consente, dunque, che la Corte sia chiamata a giudicare leggi proposte da alcuni dei suoi membri.

Ciò stempera la visione della Corte come organo impermeabile, nella fase del reclutamento dei giudici, alle logiche politiche: bisognerebbe essere molto ingenui per credere che la politica non ponga attenzione al profilo ideologico dei giudici costituzionali (naturalmente non si tratta di una novità: in un'intervista pubblicata su *La Stampa* dell'11 luglio 1991, p. 5, Ettore Gallo, Presidente emerito della Corte costituzionale, nel ricostruire alcune sue polemiche con l'on. Bettino Craxi, non faceva mistero che era stato quest'ultimo a segnalargli al Parlamento per l'elezione al CSM prima e alla Consulta dopo. Ciò non impedì alla Corte di scontentare Craxi).

Considerato che i giudici costituzionali non sono rieleggibili e la durata del loro mandato è ancora più lunga di quella del Presidente della Repubblica, è chiaro che l'influenza della politica si ferma alla nomina dei giudici. Ciò non toglie che, in un sistema maggioritario, la scelta dei giudici designati dal Parlamento dovrebbe avvenire sulla base di un *quorum* particolarmente elevato, che assicuri in modo significativo il coinvolgimento delle opposizioni, prevedendo al contempo un potere di supplenza per il caso di ritardo nella nomina dei giudici.

In effetti, la questione della composizione del massimo organo di garanzia è intuitivamente cruciale. L'esigenza di neutralità che sovrintende il reclutamento dei giudici costituzionali è generalmente avvertita anche all'estero, soprattutto nei sistemi di *civil law* avvicinati al nostro. Essa era chiara ai nostri costituenti, che ritennero di risolverla con il sistema vigente, distribuendo cioè il potere di nomina, in quote identiche, tra Parlamento in seduta comune, Presidente della Repubblica e supreme magistrature.

Senonché, l'esperienza ha mostrato che questo sistema è certamente perfezionabile, anche per quel che concerne i giudici costituzionali nominati dalle supreme magistrature e dal Presidente della Repubblica.

Quanto ai primi, sono noti i condizionamenti delle correnti (cfr. G. Di Federico, *Corte costituzionale: super magistrati nel gioco delle correnti*, in *Il Giornale* del 12 settembre 2004, p. 14). Ma non meno problematico è il potere di nomina presidenziale, tanto delicato, quanto del tutto potestativo. Se il suo esercizio abbia assicurato alla Corte una composizione politicamente neutrale e pluralistica, è questione che esula da queste pagine (per un giudizio schiettamente critico, seppure risalente ad alcuni anni fa, v. G. Di Federico, *Sulla Consulta pesa il potere del Colle*, in *Il Giornale* dell'8 settembre 2004, p. 12). Resta il fatto che, come ha notato Marcello Gallo, il Presidente della Repubblica, nel nominare i giudici costituzionali di sua spettanza, designa ad un tempo i suoi potenziali giudici nei giudizi d'accusa *ex art. 135, comma 7, Cost.*

Alla luce di questi rilievi, ci si deve chiedere se è proprio censurabile la scelta, effettuata da molti altri ordinamenti giuridici avanzati, di rimettere la designazione dei giudici costituzionali, in prevalenza o in via esclusiva, al Parlamento, richiedendo, però, maggioranze opportunamente qualificate, tali da assicurare un accettabile punto di equilibrio tra la giurisdizionalizzazione della politica, quale compito della Corte, e un'accettabile politicizzazione della massima giurisdizione (in argomento, in chiave

critica, M. Aini, *Sventola a destra il pregiudizio di sinistra*, in *Il sole 24 ore, Domenica*, 16 gennaio 2011, p. 17). Da noi, però, la prospettiva di rendere più trasparente l'iniziale (e non inerziale) investitura politica dei giudici costituzionali, appartiene a un futuribile del tutto improbabile.

7. *Le decisioni della Corte costituzionalità e l'aspirazione all'unanimità*. - Per marcare la differenza tra il modo di operare della Corte costituzionale e quello del Parlamento, si è osservato che, a differenza del Parlamento che decide a maggioranza, le camere di consiglio della Corte puntano a favorire - attraverso il confronto delle opinioni e la forza dell'argomentazione - il massimo del consenso sulla decisione da adottare. È noto, però, che anche la Corte decide a maggioranza, quando l'agognata unanimità non viene raggiunta. Tant'è che esiste una precisa regolamentazione dell'ordine di voto, con la regola di chiusura che in caso di parità prevalga il voto del presidente. La Corte non è affatto impermeabile, dunque, alla logica della decisione presa a maggioranza.

Ne è una significativa conferma il racconto di chi ha partecipato alla camera di consiglio che, con la sentenza 440/1995, giunse a dichiarare l'incostituzionalità della reato di bestemmia. Come noto, si trattò di una sentenza sostanzialmente additiva *in malam partem*. La Corte, infatti, censurando la scelta legislativa di incriminare esclusivamente la bestemmia contro la divinità venerata dalla religione di stato, finì per estendere la tutela penale alle divinità di tutte le religioni. Ebbene, in seno alla Corte erano emerse tre posizioni: la prima favorevole alla dichiarazione di incostituzionalità della norma, la seconda propensa ad estendere la tutela penale a tutte le religioni, la terza incline a respingere la questione. Le prime due posizioni - vale la pena di leggere il passo - "erano minoritarie, rispetto alla posizione di coloro che erano orientati a respingere la questione, ma la somma dei voti era maggioritaria. La situazione iniziale era dunque la seguente: un gruppo di giudici riteneva che il trattamento privilegiato a favore della Chiesa cattolica fosse ingiustificato; un altro gruppo, invece, era per la dichiarazione d'incostituzionalità totale, ritenendosi che il diritto penale delle religioni fosse inammissibile. Queste erano le 'prime scelte'. Se fossero state tenute ferme fino in fondo e non vi fosse stata una confluenza, sarebbe prevalsa la tesi più lontana, a favore della costituzionalità. Uno scontro muro contro muro avrebbe portato al disastro. Si è fatto avanti, allora, il partito della seconda scelta. Coloro che sostenevano la tesi più radicale l'hanno ritirata e sono confluiti sulla ragione d'incostituzionalità, per così dire più blanda, la disparità di trattamento, con la conseguenza che l'uguaglianza si è potuta ristabilire non eliminando la norma, ma estendendola tutte le religioni" (G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 367).

Insomma pare di capire che anche all'interno della Corte la dialettica tra maggioranza e minoranza non solo esista, ma non sia esente da tatticismi. Non sembra nel torto, dunque, chi sostiene che l'alternativa tra legislatori e giudici costituzionali "non corrisponde all'alternativa tra procedure e sostanza, ma all'alternativa tra due procedure diverse, *ambidue maggioritarie*" (A. Pintore, *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010, p. 47). "Il vero problema - si è ulteriormente rilevato - diventa allora quello di enucleare le buone o migliori ragioni per affidare il potere di scolpire quei contenuti vaghi e controversi compendati nelle formulazioni dei diritti a un organo politico rappresentativo, o viceversa a un organo giudiziario indipendente. Ma l'indipendenza dei giudici, occorre sottolinearlo, è indipendenza (almeno di principio e sulla carta) dagli schieramenti politici, è cioè indipendenza dai partiti, non certo indipendenza dai conflitti, disaccordi e dissensi morali sui diritti, sui quali nessuno di noi può davvero dirsi *super partes*, e tutti

in realtà siamo parti" (A. Pintore, *op. cit.*, p. 47 s.).

8. *Il sindacato di costituzionalità per violazione del principio di uguaglianza*. - L'attenzione va spostata adesso sul raggio di azione del controllo di costituzionalità nell'ambito penale. Premesso che l'ablazione della norma penale contrastante con un principio costituzionale non ammette limiti quando la sua efficacia è *in bonam partem*, ben più problematico è lo scrutinio per violazione del principio di uguaglianza, soprattutto quando esso ha ad oggetto discipline di favore.

Un punto è pressoché unanimemente condiviso: il sistema penale non può consentire che nell'ambito della tipicità penale, come in quello dei fatti sottratti a pena o meno severamente puniti, si registri discriminazioni in base a sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali. Si tratta di un principio assoluto e irriducibile, la pietra angolare del nostro ordinamento, notoriamente sancito dall'art. 3, comma 1, Cost. Nell'esecrabile eventualità che siffatte discriminazioni venissero introdotte, la dichiarazione della loro illegittimità da parte della Corte costituzionale deve considerarsi scontata. Questa conclusione vale sia per l'ipotesi in cui l'elemento discriminatore anzidetto si inserisse nell'ambito di una fattispecie incriminatrice (si pensi all'introduzione di un reato proprio dove il soggetto attivo può essere soltanto una persona appartenente a una determinata razza o religione), sia per il caso in cui la discriminazione soggettiva rilevasse nell'ambito di una disciplina di favore (si pensi a una norma derogatoria che stabilisse l'irrelevanza penale o il trattamento sanzionatorio sensibilmente più benevolo per il reato commesso da una persona appartenente a una determinata razza o religione).

Alla dichiarazione di incostituzionalità della norma discriminatoria non potrebbe certo ostare il principio della riserva di legge. La sua *ratio*, infatti, risiede nella tutela del *favor libertatis*, la quale non è invocabile in relazione a norme incriminatrici che contrastino con altri principi costituzionali.

Ma anche con riguardo alle norme discriminatorie di favore, rispetto alle quali la riserva di legge vede accresciuto il suo ruolo precuo di garanzia, ossia di argine contro le spinte punitive eventualmente provenienti dalla giurisdizione, è evidente come il summenzionato principio risulti sovrastante rispetto al nocciolo duro e irriducibile del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (G. Insolera, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, p. 51 s.). Quest'ultimo è dettato, appunto, per vincolare la legge in modo assoluto, indipendentemente dal settore di incidenza e dal merito della scelta politico-criminale. Ciò rende del tutto aporetico che, una volta dichiarata l'incostituzionalità della norma di favore, il divieto penale si riespanda fino a colpire i fatti che la norma discriminatoria dettata dal legislatore sottraeva alla disciplina generale. L'uguaglianza di trattamento dei cittadini, senza distinzioni di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, è uno dei postulati del giusnaturalismo razionalistico, un valore storico che precede la sua affermazione nell'art. 3, comma 1, Cost.; si tratta di una componente irrinunciabile della nostra cultura, l'*a-priori* di ogni discorso giuridico.

9. *La censura delle leggi penali irragionevolmente liberticide*. - Ma le disuguaglianze di trattamento sono ben possibili anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 3, comma 1, Cost. In questi casi, però, la disuguaglianza di trattamento può avere una sua plausibilità politico-criminale: si pensi alla previsione, comune a molti ordinamenti, compreso il nostro, di reati esclusivi dei pubblici ufficiali. L'esempio aiuta a comprendere che non è sempre agevole il confine tra l'autentica disuguaglianza di trattamento e la scelta di merito solo apparentemente discriminatoria. Le stesse

difficoltà si riscontrano nel controllo della misura delle comminatorie edittali. Ci si trova evidentemente di fronte a una zona grigia nella quale la disuguaglianza non può essere censurata in assoluto, ma solo se essa introduce nel sistema disparità macroscopiche, che, come tali, si pongono al di fuori di ogni possibile giustificazione razionale.

Ora, il principio della separazione dei poteri, nel prevedere la competenza a legiferare del Parlamento, presuppone la razionalità dell'organo legislativo. Questo dato di partenza (assolutamente chiaro nel pensiero illuministico, che vedeva nel Parlamento il luogo degli *eletti*, in senso sia rappresentativo, sia aristocraticamente culturale), spiega lo sviluppo storico e istituzionale che, nel nostro come in altre ordinamenti, consente alla Corte costituzionale di sindacare le leggi palesemente irragionevoli. Ciò è ammesso - a maggior ragione - nel campo penale, dove la pena (quando la ragione del legislatore si appanna) va a sacrificare ingiustamente fondamentali diritti di libertà. Anche qui, al fine di ostacolare il controllo di costituzionalità delle leggi penali irragionevolmente liberticide, non varrebbe invocare la riserva di legge. Si è detto, infatti, che quest'ultimo principio tutela il *favor libertatis*, che non è messo in discussione dall'intervento ablativo della Corte costituzionale; anzi ne risulta ulteriormente tutelato.

10. *Il controllo di costituzionalità delle leggi penali di favore. La ragionevolezza della Corte.* - La questione diventa più delicata in presenza di discipline derogatorie ritenute irragionevoli, che non incidono, però, sul nucleo non negoziabile del principio di uguaglianza.

A questo proposito occorre rilevare che la categoria delle c.d. norme penali di favore è oltremodo ampia ed eterogenea. Da un lato, infatti, la differenziazione del trattamento penale può introdursi con varietà di tecniche normative; dall'altro lato, non sempre il trattamento differenziato favorevole configura una disciplina discriminatoria.

Tanto premesso, bisogna affrontare separatamente le discipline che differenziano il trattamento di fatti - fenomeno, questo, di per sé coerente con il principio di frammentarietà del diritto penale - e quelle che introducono autentiche discriminazioni tra situazioni soggettive, le quali, come si è detto, non sono tollerabili.

Iniziando dal primo fenomeno, viene in rilievo la scelta legislativa di sottrarre all'operatività di una norma incriminatrice ipotesi punite con pene sensibilmente più lievi o comunque assoggettate a trattamenti genericamente più favorevoli (quale sarebbe, per esempio, una disciplina della prescrizione che renda più probabile l'epilogo estintivo). Si pensi ancora - e *a fortiori* - a discipline che escludano classi di fatti dall'area della rilevanza penale. Questo risultato si può ottenere in vario modo; prevedendo, per esempio, fattispecie incriminatrici speciali punite in modo sensibilmente ridotto o circostanze attenuanti. Anche il ricorso a istituti che attonano alla non punibilità - si pensi alle cause di non punibilità e alle cause estintive - può rilevare ai fini del nostro discorso. Si tratta di tecniche normative diverse ma, per quel che qui interessa, equivalenti nella misura in cui la disciplina derogatoria si colleghi a elementi specializzanti del fatto oggettivo. In questi casi è possibile distinguere il profilo del merito politico-criminale, suscettibile di adesione come di critica, da quello della legittimità, censurabile ad opera del Giudice delle leggi?

Secondo la recente e già citata sentenza n. 394/2006 della Corte costituzionale in materia di falsi elettorali e una parte della dottrina, alla domanda anzidetta deve risponderci affermativamente. Si ammette, cioè, che anche le leggi penali di favore possano essere sindacate in punto di legittimità alla stregua del canone della ragionevolezza. Secondo questo punto di vista, la Corte costituzionale non potrebbe sindacare soltanto il confine esterno dell'opzione incriminatrice, rientrando la sua determinazione nella competenza

esclusiva del legislatore. All'interno di detto confine, invece, sarebbe ammesso il sindacato di legittimità, limitatamente agli accadimenti che, in assenza di apposite previsioni derogatorie, rientrerebbero nell'area della rilevanza penale. Quando questa deroga non risulta giustificata, la disposizione di favore diventerebbe suscettibile di censura. Così ragionando, la Corte ritiene di non violare la riserva di legge: il suo controllo sarebbe per così dire intrasistemico, posto che il *tertium comparationis*, alla cui stregua valutare le esenzioni da pena, sarebbe costituito dai casi rientranti entro il confine della tipicità penale tracciato dal legislatore.

11. *La tipicità come esclusività legislativa. Le incongruenze della sentenza n. 394/2006 in materia di falsi elettorali.* - Questa impostazione, però, a fronte della sua apparente linearità geometrica, non regge. L'esclusività della competenza legislativa in materia penale non può essere limitata all'individuazione dei c.d. confini esterni della fattispecie incriminatrice, per la semplice ragione che, secondo una nota e tuttora valida definizione, il reato è un illecito caratterizzato dalla modalità di aggressione. Spetta dunque al legislatore sagomare l'aggressione penalmente rilevante; un'attività, questa, che si realizza inevitabilmente non soltanto attraverso la descrizione della condotta tipica, ma anche mediante l'inclusione nel tipo degli elementi di contesto ritenuti necessari. Detto altrimenti: la descrizione del fatto di reato implica sempre l'inclusione di certi requisiti e non di altri. Entrambe le scelte sono coesenziali alla tipicità e, in quanto tali, appartengono al merito dell'opzione politico-criminale.

Come venga ottenuto poi il risultato descrittivo - attraverso la previsione di un unico enunciato normativo (si pensi all'esclusione della truffa nel caso in cui l'agente si approfitti della situazione di errore di cui versa la vittima) o il coordinamento di più disposizioni, l'una generale e l'altra derogatoria - è un problema di tecnica legislativa che non modifica la portata della riserva di legge. In ogni caso, infatti, la funzione selettiva della fattispecie discende dalla scelta legislativa dei requisiti da valorizzare; selezionarli significa individuare le componenti del fatto ritenute necessarie per modulare il suo trattamento penale e scartare quelle che devono essere assenti. Ebbene, l'individuazione di tali requisiti rientra tra i compiti precipi della legislazione penale. Si tratta di una selezione di fatti generali e astratti, non della discriminazione in concreto tra persone.

In breve: il parametro della (ir)ragionevolezza utilizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza sui falsi elettorali è ben lontano dall'essere applicazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost. Esso - nel caso dei falsi elettorali - ha consentito a una valutazione di merito di produrre efficacia in termini di legittimità, dilatando l'area del penalmente rilevante *in malam partem* (sulla sentenza della Corte costituzionale n. 394/2006, v. in senso critico AA.VV., *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, a cura di L. Zilletti e F. Oliva, Pisa, 2007).

Detto altrimenti: altro è il ricorso alla ragionevolezza come criterio per sindacare le discriminazioni legislative che incidono sulla portata dei diritti fondamentali, altro è l'impiego della ragionevolezza per ampliare il raggio di operatività della norma penale. Nell'un caso la ragionevolezza fa leva sui diritti fondamentali come "limite" di rango costituzionale all'intervento penalistico; nel secondo caso sono proprio i diritti fondamentali, che, attraverso il sindacato di intrinseca razionalità della norma penale ritenuta discriminatoria, vengono ulteriormente compromessi.

Questi rilievi, del resto, non valgono solamente per la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale. Non dissimili perplessità ha sollevato in dottrina l'esperienza tedesca della *Verhältnismäßigkeit*, quale criterio, anch'esso elastico e di creazione giurisprudenziale, utilizzato dal *Bundesverfassungsgericht* per sindacare la proporzionalità della scelta legislativa

(in argomento, cfr. E. Belfiore, *Le Corti costituzionali italiana e tedesca a confronto: i principi di ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 46 s.).

12. *L'interpretazione della pronuncia in materia di falsi elettorali da parte dei giudici remittenti.* - La citata sentenza della Corte costituzionale sui falsi elettorali è stata intesa da molti giudici penali per quello che essa in effetti ha rappresentato: la correzione di una scelta politico-criminale non condivisa, un sindacato sulla scelta politico-criminale del legislatore ritenuta ingiustificatamente mite. La questione – sia chiaro – non si risolve certo osservando che la conclusione cui perviene la Corte può risultare condivisibile dal punto di vista del merito. Qui non si discute infatti del contenuto intrinseco di singole norme penali di favore, ma della competenza della Corte costituzionale a rimuoverle; l'attenzione è concentrata dunque sugli equilibri costituzionali. Ebbene, nel caso citato, il sindacato della Corte ha fatto leva sul parametro dell'intrinseca irrazionalità della scelta politico-criminale, che, per un verso, come si è visto, non è consentito alla Corte quando mira alla dilatazione del penalmente rilevante, per l'altro, è un canone molto prossimo a quello del gradimento della scelta politico-criminale da parte della magistratura e del Giudice delle leggi.

L'autentica portata del messaggio lanciato da quella sentenza ai giudici penali la si è potuta cogliere in molte questioni di legittimità, che sono state sollevate successivamente. Esse hanno avanzato la richiesta che venisse rimossa una serie di scelte politico-criminali ritenute dai giudici rimettenti irrazionali o semplicemente non condivise. La Consulta, nonostante il precedente sui falsi elettorali, le ha respinte con fermezza (v. per esempio Corte cost. n. 273 del 2010; nel sollevare la questione di costituzionalità il giudice remittente si era richiamato espressamente alla citata pronuncia n. 394 del 2006).

Che un siffatto sindacato di costituzionalità delle norme di favore non sia consentito in nome del principio di uguaglianza, lo si è già detto. Bisogna aggiungere che, a differenza di quanto accade in relazione alle fattispecie incriminatrici manifestamente irragionevoli, nel caso delle norme penali di favore il controllo di costituzionalità in punto di ragionevolezza incontra una resistenza ben maggiore da parte del principio della riserva di legge.

13. *La tenuta del principio della riserva di legge.* - Qual è la ragione di questa differenza? La risposta va cercata nella funzione che il principio della riserva di legge continua a svolgere nel nostro ordinamento, nonostante i suoi diversi fattori di crisi. In effetti, come non si è mancato di rilevare da un'angolazione sicuramente non apologetica del principio di legalità c.d. formale, la riserva del monopolio della produzione normativa penale nella mani del legislatore, mentre nell'attuale momento storico non riesce a mantenere appieno la promessa di garantire un'autentica legittimazione delle scelte di politica criminale, mantiene intatto il suo ruolo di garanzia del *favor libertatis* (G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, p. 1275). Una distinzione, questa, che non tuttavia va sopravvalutata: infatti i due aspetti anzidetti - la funzione di garanzia e quella di legittimazione democratica - "finiscono ampiamente con il convergere" (G. Fiandaca, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 2).

Vero ciò, per quanto la riserva di legge sia una categoria storica e non logica del diritto penale, oltretutto funzionalmente indebolita dall'attuale legge elettorale maggioritaria, essa resta, allo stato, una delle strutture portanti del sistema. Certamente, la progressiva svalutazione della riserva di legge impone la ricerca di un suo sostitutivo funzionale in grado di assicurare la duplice irrinunciabile

istanza di garanzia individuale e legittimazione democratica del diritto penale, mantenendo viva la tradizione costituzionale di un diritto penale liberale. Sarebbe esiziale, infatti, non cambiare nulla, affinché tutto cambi.

Fintanto che la riserva di legge (magari rafforzata dal ritorno al sistema proporzionale e alla mediazione consociativa) contribuirà a garantire e legittimare lo *ius puniendi*, il sindacato di costituzionalità non dovrebbe potersi spingere fino a dilatare, attraverso lo sfuggente canone della ragionevolezza, l'area del penalmente rilevante, posto che per questa via l'organo deputato al presidio dei diritti di libertà finirebbe per incidere proprio sul principale dei questi diritti, quello che attiene alla libertà personale, riposto dalla Costituzione nelle mani del legislatore.

Detto altrimenti: l'area della libertà residua, lasciata libera dal divieto penale, non può essere ulteriormente ridotta dalla giurisdizione (ordinaria e costituzionale), semplicemente perché la giurisdizione è priva di qualunque legittimazione democratica diretta.

Quest'ultima garanzia non offre assicurazioni sulla qualità della scelta inerente alla non punibilità. Ma rinunciarvi significherebbe rimettere la libertà dei cittadini interamente nelle mani delle valutazioni politico-criminali della magistratura. Fortunatamente, dunque, la riserva di legge opera ancora come limite alla giurisdizione. Se la magistratura disponesse anche di questo limite di garanzia, essa avrebbe nelle mani una intollerabile concentrazione di potere, che non comprenderebbe soltanto l'applicazione della legge, ma si estenderebbe, all'occorrenza, alla sua modificazione.

In breve: l'idea stessa della punizione spinge a separare nettamente la produzione e l'applicazione del diritto penale. E ancora: finché la pena detentiva costituirà l'idealtipo della sanzione penale, la tutela del *favor libertatis* sarà la specificità irriducibile del *penale*, un valore assolutamente prevalente.

Conseguentemente, di fronte alla norma penale di favore che introduce una lacuna di tutela (o di minor tutela) per fatti ritenuti irragionevolmente esclusi dalla disciplina generale, l'intervento della Corte costituzionale, per non infrangere il principio della riserva di legge, può solo generalizzare la disciplina di favore, con il risultato di allineare la disciplina generale sul livello di tutela tracciato dalla norma derogatoria di favore. L'alternativa all'estensione della disciplina tacciata da irragionevole mitezza è la sopravvivenza della norma di favore con la sua carenza di tutela, la cui rimozione spetta al legislatore, ossia a chi l'ha creata. Volendo si può dire che il mantenimento dell'irragionevole mitezza della norma di favore è il prezzo del *favor libertatis*. Non è una conclusione innovativa, né sconvolgente: il divieto di analogia *in malam partem* - altro fondamentale risvolto del principio di legalità - impedisce di colmare (ritenute) disuguaglianze di trattamento. Le lacune di tutela sono l'altro aspetto del primato della libertà. Non spetta alla giurisdizione (ordinaria o costituzionale) colmarle; i giudici devono solo rispettarle.

14. *Il trattamento differenziato fondato sulle caratteristiche del soggetto attivo del reato.* - Come si è anticipato, il trattamento differenziato di favore può fare leva sulle caratteristiche del soggetto attivo del reato. A questo proposito bisogna, però, ulteriormente distinguere, da un lato, le ipotesi di immunità, dall'altro, i casi in cui le caratteristiche soggettive dell'agente costituiscono elementi della fattispecie di favore che deroga alla disciplina generale.

Le immunità, sebbene costituiscano una categoria oltremodo eterogenea, di cui è controversa finanche la natura sostanziale o processuale, incarnano la più incisiva deroga all'uguaglianza di trattamento, non solo per l'ampiezza del loro ambito operativo (massimamente esteso nelle immunità c.d. generali), ma per la loro stessa essenza di esenzione dalla potestà punitiva, resa ancora più chiara dalle tesi che colgono nell'immunità una

deroga all'obbligatorietà della legge penale. In ogni caso, ciò che accomuna le pur diverse ipotesi di immunità è il loro collegamento alla particolare posizione o funzione istituzionale dell'immune. A ben vedere, si tratta di situazioni soggettive di privilegio che contrastano, in linea generale, con il principio di uguaglianza di trattamento "senza distinzioni di (...) condizioni personali e sociali". Da qui la necessità di giustificare, con un'apposita copertura costituzionale, le immunità (si pensi, per esempio, all'art. 90 con riguardo alle immunità del Presidente della Repubblica, agli artt. 68, comma 1, e 122, comma 4, per quelle dei parlamentari e dei consiglieri regionali, all'art. 10 per le immunità di diritto internazionale). Ciò vale anche per gli istituti che, per contenuti, possono equipararsi alle immunità, ancorché diversamente denominati. La volontà politica espressa con legge ordinaria non può prevedere immunità prive di adeguata copertura costituzionale (Corte cost. n. 262 del 2009).

Diverso discorso va fatto per le discipline penali di favore, pur sempre generali e astratte, che fanno leva su determinate condizioni personali dell'agente (ovviamente diverse da quelle contemplate dall'art. 3, comma 1, Cost.). In questi casi ci si trova in presenza di elementi specializzanti del fatto tipico, non censurabili, in termini di legittimità, al pari delle già considerate ipotesi di differenziazione tra fatti.

15. *Le discipline di favore post factum.* - Un cenno meritano adesso le discipline di favore incentrate sul *post factum*; concetto, questo, che può intendersi qui in senso ampio, come comprensivo, cioè, di tutti gli istituti che, dando rilievo ad accadimenti successivi alla commissione del reato, fanno scattare effetti sanzionatori favorevoli al reo. Può trattarsi di condotte del reo o di terzi (come risarcimento, resipiscenza, collaborazione all'offerta di risocializzazione, ecc.), di opzioni processuali (oblazione, riti semplificati, ecc.) o di atti di volontà politica (amnistia, indulto e grazia). Quanto alla veste giuridica, gli effetti di favore possono rilevare nella cornice di istituti tra di loro diversi, come circostanze attenuanti, cause estintive o di non punibilità, modalità esecutive della pena, opzioni processuali, e via discorrendo.

In ogni caso, e prescindendo al momento dagli istituti di c.d. clemenza, il trattamento differenziato di favore incentrato sul *post factum* riflette scelte politico-criminali le quali, se non violano l'art. 3, comma 1, Cost., rientrano nella discrezionalità legislativa, al pari delle norme penali di favore che introducono differenze di trattamento tra fatti. Le ragioni di questa conclusione sono state già esposte a proposito della selezione dei fatti da punire e dell'entità della risposta sanzionatoria, talché ci si può limitare a richiamarle.

16. *La clemenza discriminante.* - Il discorso è più delicato nel caso degli istituti di clemenza, perché essi introducono, per definizione, effetti discriminatori retroattivi, interferendo, *post factum*, sulla competenza a giudicare del potere giurisdizionale. Pertanto, si tratta di istituti che alterano la base del moderno stato di diritto, ossia la rigida separazione dei poteri. A ciò si aggiunga che, secondo la dottrina più recente, amnistia ed indulto si pongono in tensione con il principio di uguaglianza, poiché la deroga alla punibilità introdotta da questi istituti è priva di contenuto normativo: fatti identici a quelli oggetto di amnistia e indulto, se successivi ai rispettivi provvedimenti, andranno soggetti a pena. Da qui, la convergenza nel restringere in via interpretativa l'ambito operativo dei provvedimenti di clemenza a ipotesi del tutto eccezionali e irripetibili, la cui concreta individuazione si ritiene sindacabile dalla Corte costituzionale in termini di ragionevolezza. Per esempio, vi è largo consenso nell'ammettere i provvedimenti di clemenza per ragioni di pacificazione sociale e, per converso, nel censurare la legittimità dell'uso ciclico dell'amnistia e dell'indulto, che, fino a un recente

passato, ha scandito la nostra politica criminale, nonostante le critiche della dottrina.

Un ulteriore e importante passo avanti è stato compiuto da quell'orientamento della dottrina che, integrando le letture degli istituti di clemenza proposte da una angolazione costituzionale, prevalentemente attenta all'equilibrio dei poteri, ha accentuato la specificità penalistica dell'amnistia e dell'indulto. Si è delineato, così, un modello di clemenza generale servente rispetto alle funzioni di tutela che sono proprie del sistema di giustizia penale complessivamente considerato (E. Maiello, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, p. 353 s.). Da questa angolazione gli istituti dell'amnistia e dell'indulto appaiono strumenti eccezionali di pacificazione sociale e meccanismi straordinari per compensare le distorsioni del sistema della giustizia penale.

Ebbene, il nostro sistema è caratterizzato, come noto, da due perduranti eccezionalità, quali il sovraccarico giudiziario e il sovraffollamento carcerario.

Gli istituti di clemenza (soprattutto l'amnistia) non possono essere la risposta al primo 'male' della nostra giustizia penale, come è accaduto invece per decenni. Sarebbe ipocrita negare, però, che con la fine della stagione delle amnistie cadenzate il sovraccarico ha cercato altrove una valvola di sfogo, trovandola nell'istituto della prescrizione, il quale, dopo lungo anonimato, è assurto ai disonori della cronaca giudiziaria. Del resto, ove il sovraccarico non fosse alleggerito dalla prescrizione, il destino del sistema repressivo sarebbe, *rebus sic stantibus*, l'implosione. Il costo della prescrizione, però, non è solo l'ineffettività del sistema repressivo, ma anche ulteriori disuguaglianze di trattamento dovute all'incidenza sull'epilogo prescrittivo ora di fattori fortuiti, ora di scelte selettive effettuate dagli uffici delle procure eludendo il principio di obbligatorietà dell'azione penale affermato all'art. 112 Cost. La vecchia politica delle amnistie - bisogna riconoscerlo - operando per classi di reati almeno attenuava il *vulnus* che l'impunità apportava al principio di uguaglianza.

Per quanto riguarda invece le note condizioni di inumanità delle nostre carceri, può considerarsi irragionevolmente discriminatorio l'uso dell'indulto come risposta all'incapacità di adeguare l'esecuzione della pena detentiva al divieto costituzionale di pene inumane e degradanti? Muovendo dall'impostazione più attenta alla specificità penalistica dell'indulto, è difficile negare in radice la possibilità di un bilanciamento tra l'eccezionalità che caratterizza dell'istituto estintivo della pena e l'eccezionalità endemica del degrado carcerario.

17. *Le discipline ad personam.* - Fin qui si è parlato di discipline di favore pur sempre introdotte da leggi generali ed astratte. Resta da dire, brevemente, delle discipline penali di favore autenticamente *ad personam*, perché prive del carattere della generalità e astrattezza.

17.1. *La grazia.* - Viene in rilievo, anzitutto, l'istituto della grazia, il quale vanta un'espressa copertura costituzionale, posto che, al pari dell'amnistia e dell'indulto, introduce una non punibilità retroattiva e irripetibile, ma in più di carattere individuale. Queste caratteristiche rendono la grazia una evidente deroga al principio di uguaglianza, giustificabile per perseguire, in modo eccezionale, la giustizia del caso singolo, quando il sistema penale non può avvalersi a tal fine degli istituti sostanziali (si pensi, per esempio, alle modalità esecutive della pena alternative al carcere) o di quelli processuali (si pensi al procedimento di revisione) previsti dalla normativa ordinaria.

17.2. *Le leggi c.d. provvedimento.* - L'attenzione deve spostarsi poi sulle c.d. leggi provvedimento, così definite perché dotate di

contenuto particolare e concreto. Com'è noto, il carattere della generalità e astrattezza, quale tradizionale connotato della legge, è oggi confutato da una parte della dottrina costituzionalistica e dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui i contrassegni formali della nozione di legge possono prevalere su quelli sostanziali, con la conseguente ammissibilità di leggi-provvedimento.

Benché la questione presenti a tutt'oggi un interesse prevalentemente teorico, ci si deve chiedere, se tale acquisizione valga anche per la legge penale. Ebbene, a favore della risposta negativa si potrebbe osservare che, rimarcando la separazione dei poteri e le sue implicazioni sul piano delle fonti, la riserva di legge intende escludere leggi che si avvicinano nei contenuti al provvedimento amministrativo, quale tipica espressione del potere di governo. A sostegno dell'opposta conclusione, invece, depono il rilievo che, specie nel campo penale, la riserva di legge si sostanzia in una garanzia procedimentale, ma non copre i caratteri contenutistici e strutturali del prodotto legislativo.

Ciò non significa, però, che, quand'anche se ne ammettesse la legittimità, le leggi-provvedimento e la disciplina particolare che esse introducono si sottraggano per definizione a una valutazione in termini di ragionevolezza, soprattutto quando la legge-provvedimento abbia funzione incriminatrice. Ebbene, il problema non si pone per la categoria dei reati propri in sé considerata, dato che la qualifica soggettiva richiesta per la rilevanza del fatto incriminato si limita solo a restringere l'ambito della illiceità penale alle condotte poste in essere da determinati soggetti. Diversamente deve dirsi per quei reati che, attraverso la tipizzazione di una data qualifica soggettiva in capo all'agente, delimitano l'area del divieto non tanto a classi ristrettissime di agenti, quanto addirittura a un unico soggetto individuato nella sua identità.

La questione, che è oltremodo delicata perché rischia di trasformare il diritto penale in strumento di discriminazione e persecuzione individuale, risulta parzialmente sdrammatizzata in presenza di un'apposita copertura costituzionale. È quanto accade per i fatti di alto tradimento e attentato alla Costituzione da parte del Presidente della Repubblica, ove si ritenga che l'art. 90 Cost. richiami implicitamente il disposto dell'art. 283 c.p. Al di fuori di questa ipotesi, però, le potenzialità discriminatorie delle leggi-provvedimento aventi natura incriminatrice riemerge interamente, in ragione delle specificità del diritto penale.

Detto ciò, non deve perdersi di vista che in questa sede l'attenzione va concentrata soprattutto sulle leggi-provvedimento che introducono discipline penali di favore. Ebbene, anche la loro legittimazione richiederebbe un'apposita copertura costituzionale, ma sulla base di un argomento del tutto particolare e comunque diverso da quello spendibile a proposito delle leggi-provvedimento incriminatrici. Infatti, la legge-provvedimento di favore, operando necessariamente in deroga a una norma punitiva, non introdurrebbe nuovi fatti meno severamente puniti, ma solo deroghe individuali.

Conseguentemente, la scelta politica ad essa sottesa non sarebbe omogenea a quella valutazione di merito che, seppure nei termini che si è avuto modo di precisare, non è giustiziabile per il primato della riserva di legge, nella disciplina dei fatti di reati. La parte speciale, quale terreno di elezione della frammentarietà e della legalità penale, contempla solo fatti generali e astratti, lasciando priva di giustificazione sostanziale l'eventuale esenzione individuale. Pertanto la mera giustificazione formale di una siffatta scelta, ossia la sua provenienza della legge(-provvedimento), non basta: la politica criminale non può che essere, in definitiva, scelta di parte speciale; e la parte speciale - l'autentico vocabolario del diritto penale - ragionando per fatti, usa termini generali e astratti. È questa specificità penalistica che integra il significato e la portata della riserva di legge, come riserva di scelta politico-criminale.

18. *La Corte costituzionale e l'irriducibilità della specificità penalistica.* - Il diritto penale di oggi, con la sua espansione in nuovi campi di materia, è chiamato a coordinarsi sempre più spesso con le discipline civili e amministrative che costituiscono il *prius* logico e funzionale della tutela apprestata dalle comminatorie penali. Per altro verso, e conseguentemente, il diritto penale è venuto assumendo una centralità sempre maggiore nella vita sociale e finanche in quella politica. Sebbene la pena detentiva colpisca in prevalenza gli strati emarginati della popolazione, la giustizia penale ha visto allargare il suo campo di azione ad ogni settore della nostra società. Tutto ciò ha determinato un duplice fenomeno: da un lato, il penalista ha dovuto allargare il suo orizzonte conoscitivo, includendovi le discipline extrapenali con le quali si interseca il diritto penale; dall'altro lato, la giustizia penale ha cessato di essere materia esclusiva del penalista. Questa salutare evoluzione, che valorizza il "giuridico" al pari del "penale", impone al penalista di essere prima di tutto giurista; di guardare sempre di più all'ordinamento nel suo complesso.

Un siffatto mutamento di prospettiva, che contrasta la tradizionale tendenza del penalista ad (auto)emarginarsi dal resto dell'esperienza giuridica, rischia, tuttavia, di appannare la specificità del *penale*, quale tipo di disciplina che incide massimamente sulla vita dei suoi destinatari. È questa sensibilità primigenia - un tempo si sarebbe parlato di vocazione penalistica - che tende a disperdersi, complice la denunciata ineffettività della pena (ma questo *refrain* contiene solo una parte di verità: gli istituti penitenziari traboccano di detenuti e il carcere rimane il luogo di sofferenze indicibili). La conseguenza è la crisi del diritto penale della libertà: di un edificio culturale la cui legittimazione sta e cade con la necessità assoluta dell'irrogazione della pena. Ma si tratta di una tendenza da avversare, continuando a valorizzare il presidio del *favor libertatis* attraverso una serie di garanzie tendenzialmente formali destinate a prevalere; entro certi limiti, anche sul principio di uguaglianza e sulla giustiziabilità delle sue violazioni.

19. *La Corte costituzionale nello scenario del diritto europeo.* - Valga adesso un ultimo rilievo, che si collega a uno spunto offertomi da Gaetano Insolera: la dialettica tra legislatore e Corte costituzionale, della quale si è parlato finora, rischia di apparire un capitolo giuridico del passato, ove la si proietti nello scenario europeo. Il progetto di marginalizzazione del parlamento nazionale da parte delle fonti europee, benché prive di competenza penale, rischia di marginalizzare anche il ruolo della Corte costituzionale. Sarebbe un'esiziale perdita di garanzia per tutti, se l'influenza del diritto europeo nella materia penale non fosse giustiziabile davanti alle corti costituzionali nazionali.

Va salutata con favore, dunque, nonostante la tiepidità con cui è stata accolta da una parte della dottrina, la notissima sentenza della corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009, la quale, nel dichiarare illegittima la legge di ratifica del trattato di Lisbona, ha rivendicato la centralità del Parlamento quale depositario dell'identità nazionale (su cui M. Böse, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 267 s.).

Così facendo il *Bundesverfassungsgericht* ha ribadito anche il suo ruolo di garante supremo, ma soprattutto ha riconosciuto che la politica parlamentare, nonostante la sua crisi, costituisce ancora un momento centrale nella vita delle nostre democrazie; almeno finché queste ultime si ispireranno all'idea del confronto e delle intense collaborative tra le forze politiche.

FAUSTO GIUNTA