

OPINIONI A CONFRONTO

NORME PENALI DI FAVORE E CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ

Nota introduttiva di CRISTINA DE MAGLIE

Come noto, con la recente e controversa sentenza n. 394 del 2006, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le fattispecie di falsità nelle liste elettorali, censurandole sotto il profilo della ragionevolezza. Più precisamente, la Corte ha ritenuto eccessivamente e ingiustificatamente mite la pena comminata, come modificata *in mitius* dalla l. 2 marzo 2004, n. 61, assumendo quale *tertium comparationis* il ben più severo trattamento sanzionatorio previsto per le fattispecie codicistiche di falsità.

Abbiamo chiesto a Ombretta Di Giovine e a Paolo Veneziani di esprimere il loro giudizio al riguardo, invitandoli ad assumere quali spunti di riflessione anche gli interrogativi di seguito riportati.

- 1) La nozione di norma penale di favore enucleata dalla Corte e il parametro utilizzato ai fini del giudizio di ragionevolezza sono sufficientemente determinati?
- 2) Il controllo di costituzionalità delle norme di favore può comportare un'accentuazione della funzione paralegislativa della Corte?
- 3) Il controllo di ragionevolezza *in malam partem* è compatibile con lo spirito di garanzia della riserva di legge?

prof. OMBRETTA DI GIOVINE
Università di Foggia

1. *Irretroattività e Corte costituzionale (premessa)*. – Con la sentenza n. 394 del 2006 la Consulta ha dichiarato illegittime alcune disposizioni in materia di falsità elettorali perché, pur tutelando beni di rilevanza indiscussa e costituzionalmente riconosciuta (il rispetto della legalità nella formazione delle liste elettorali), disponevano un trattamento sanzionatorio più blando di quello previsto dalla normativa generale contenuta nel codice penale, come tale irragionevole.

Se è ovvio (e non crea problemi il fatto) che, caducata la normativa incostituzionale, varrà per il futuro la sola disciplina superstita, codicistica, avrebbe

invece suscitato più di una perplessità la soggezione a (maggior) pena degli imputati nel giudizio *a quo*, per il caso in cui gli stessi si fossero determinati a tenere le condotte di falso *dopo* l'entrata in vigore della legge più favorevole (che ravvisava nei comportamenti incriminati semplici contravvenzioni, oltretutto oblabili). Ma ciò non accadeva nel caso in oggetto, i fatti risalendo ad un tempo in cui quest'ultima non era ancora stata emanata ed in cui, pertanto, vivevano le sole disposizioni del codice penale, con intatta la loro capacità di orientamento.

La sentenza, dunque, non pone dubbi sulla violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. sotto il profilo dell'irretroattività della legge penale.

Cosa diversa è, ovviamente, il rispetto delle altre facce della legalità, vale a dire della riserva di legge e della tassatività-determinatezza.

La trattazione di tali aspetti non sembra liquidabile con altrettale facilità, e tuttavia riteniamo opportuno anticipare che neppure essi sembrano messi in discussione dalla pronuncia della Corte costituzionale. Vediamo perché, considerando i due profili distintamente.

2. Riserva di legge, Corte costituzionale e democrazia. – Le scelte di incriminazione vanno riservate al solo Parlamento, in quanto organo che, in virtù della sua composizione direttamente rappresentativa delle forze politiche (maggioranza e minoranza), meglio esprime l'essenza della democrazia. Non potendo essere demandate ad altri, tali opzioni, in particolare, non possono competere alla Corte costituzionale, i cui membri non sono eletti dal popolo, se non indirettamente e per la sola parte (un terzo) designata dal Parlamento.

Questo il succo delle obiezioni opponibili all'affermazione di una (più) spiccata funzione paralegislative della Corte costituzionale, nel solco di una tradizione penalistica che si compiace di denunciare la propria discendenza dal pensiero illuministico.

Occorre tuttavia guardarsi dal sopravvalutare la portata ideologica di tale *filiazione*.

Paventando la creazione di un organo di controllo costituzionale – da evitare, posto che il compito di tale organismo sarebbe dovuto consistere nel risolvere «i dubbi sul contenuto di una disposizione costituzionale» – uno dei maggiori giuristi del secolo scorso ammoniva che essa non avrebbe fatto *giurisdizione*, «ma un oscuro collegamento di legislazione e consulenza giuridica». Ancor più chiaramente, spiegava che, essendo «una esperienza antichissima e nonostante il progresso del nostro pensiero critico purtroppo ancora insuperata, che proprio un acume logicizzante può produrre con facilità sempre

nuovi dubbi», «con ciò cade almeno anche l'idea [...] secondo cui una simile Alta Corte rimuove i dubbi e le divergenze di opinione nella sua qualità di miglior esperto giuridico». Infatti, «in questi ragionamenti sfugge per lo più che l'efficacia del parere poggia sul suo valore di argomentazione, e pertanto il parere di fronte alla pura decisione significa il suo contrario. Un giudice non è un consulente e l'unione dell'attività consultiva con l'attività giudiziaria contiene già in sé un'oscura confusione, poiché l'attività consultiva in effetti non è attività giudiziaria, non è giurisdizione, ma amministrazione». Ragion per cui, «è vano pretendere dalla giurisdizione in modo contraddittorio funzioni che oltrepassano l'ambito di una sussunzione conforme alla fattispecie». Nel lodare una pronuncia, allora celebre, la cui motivazione «si attiene prudentemente, per non dire formalisticamente, a quella normativa conforme alla norma giuridica, alla legge costituzionale, che per la sua conformazione e per la sua struttura logica rende possibile un confronto con la normativa della legge ordinaria», lo stesso giurista evidenziava coerentemente l'assenza di un «controllo giudiziario» della conformità di una legge con «principi generali del diritto» come buona fede, giusto diritto, *ragionevolezza* e simili rappresentazioni, di cui si serve la prassi della Suprema Corte degli Stati Uniti» (il corsivo è nostro). E, nella medesima prospettiva, avvertiva con aperta soddisfazione che «la differenza dal potere di controllo della giurisdizione americana consiste principalmente nel fatto che questo preserva i principi generali e con ciò il tribunale diventa custode e difensore dell'ordine economico e sociale esistente», laddove, per l'ordinamento di cui si vagheggiava, «il centro di gravità della decisione politica rimane riservato alla legislazione».

Se si è riservato tanto spazio a queste affermazioni, pur familiari in quanto straordinariamente assonanti con la matrice liberale della legalità, è perché esse (invece) vengono dalla penna di Carl Schmitt, teorico del nazionalsocialismo, che le riferiva alla Corte suprema del Reich [C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, rispettivamente, 81; 76; 82; 35 ss.]: e ci paiono dunque ben evidenziare il possibile iato tra principi di garanzia, in sé sacrosanti, ed assetto autenticamente democratico dello Stato.

Al favore per la versione più rigorosa dei rapporti tra potere legislativo e giudiziario (in questo caso) costituzionale non conseguono, dunque, necessariamente gli effetti di maggior garanzia per il cittadino (come noto, all'esito del suo procedere *per esclusione*, Schmitt individuava l'unico possibile *custode della costituzione* – oltre che l'essenza della democrazia – nel presidente del Reich). E non vale la pena di richiamare la replica formulata dall'*inventore della Costituzione*, Hans Kelsen, in particolare laddove contesta l'idea che,

mentre la legislazione sarebbe *politica*, tale attributo non possa competere alla giurisdizione. «Quanto il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere "politico" che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione». [H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 242. Vd. anche 234 ss.; 197 ss.].

La matrice illuministica della riserva di legge getta peraltro luce anche su altri aspetti, essendo noto che il principio nacque come una delle forme di reazione all'Assolutismo monarchico, che esso rappresentava uno strumento di difesa del cittadino rispetto alla concentrazione dei poteri nell'Esecutivo e che, dal punto di vista concettuale, presupponeva una rigida divisione di poteri.

Molta acqua è passata da allora sotto i ponti, e si sa che questi presupposti, fattuali ed ideali, di per sé contingenti, nel momento attuale non sono pienamente ravvisabili.

Per un verso, nella percezione generale, il rischio dei maggiori abusi viene ormai ascritto proprio al potere legislativo. Alla sua perdita di immagine contribuiscono (tra le altre cose) il funzionamento distorto, poiché meramente meccanicistico, del principio di maggioranza (che tende, in ragione della prevalenza numerica, ad escludere il confronto con le minoranze, sostituendo in modo surrettizio la logica della forza a quella del dialogo, o almeno l'agire *strategico* a quello *comunicativo*) nonché, al di là del sistema elettorale vigente in un certo momento, l'allontanamento progressivo del Parlamento dal suo elettorato attivo, per effetto della massiccia interposizione degli apparati partitici, organizzati e burocratizzati, che si muovono secondo logiche incomprensibili alla gran parte dei cittadini.

Per altro verso, una rigida ripartizione di poteri, se mai esistita, non rappresenta oggi certamente la regola [G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2632]. La commistione tra funzioni dello Stato attinge alcune esemplificazioni emblematiche proprio dal campo penalistico: si pensi alla concorrenza tra legge dello Stato e normativa comunitaria da una parte, e statale-regolamentare dall'altra. L'intreccio rappresenta un dato poco incoraggiante, certo, ma sarebbe opportuno cominciare a farvi i conti, poiché riflette in modo irreversibile il confronto tra il diritto penale e fenomeni sempre più complessi. Proliferano le occasioni di interferenza con la disciplina extra-statale; di pari passo, si accentua la vocazione ancillare e sanzionatoria del precetto penale in settori che non potrebbero prescindere dalla regolamentazione ad opera di fonti più flessibili

ma che pure, per la loro importanza, reclamano, sebbene *in seconda battuta*, una copertura penale. In ogni caso, la logica autoreferenziale in cui era abituato a muoversi il diritto criminale sembra progressivamente cedere il passo alla formazione di un *non-sistema*, perennemente *in progress*, randomizzato e dalla fisionomia indefinita, di cui si sa esclusivamente che è inutile continuare a fissare il baricentro nel solo Parlamento, tecnicamente inabile allo svolgimento dei suoi compiti.

Sembra quindi giunto il momento di avviare un dialogo con le altre discipline in vista di una rivisitazione teorica della riserva di legge, a cui andrebbero riconosciuti contenuti moderni e, per questo, più flessibili. E di valutare senza pregiudizi se un nuovo punto di equilibrio possa consistere, già allo stato attuale, nella *com-partecipazione* della Corte costituzionale: soluzione che si muoverebbe nella direzione segnalata dal *neo-costituzionalismo moderno*, già collaudata da altri Stati e, primo tra questi, dal tanto ammirato sistema di democrazia americano.

Ma pur senza andare lontano, così scriveva, già venticinque anni fa, in un saggio divulgativo, Pizzorusso: «Il carattere democratico dell'organizzazione non esclude, ma anzi probabilmente richiede, che le regole sulla composizione degli organi destinati a esercitare competenze tecniche, o comunque specifiche, facciano ricorso a criteri tendenti a salvaguardare la capacità e la professionalità dei loro componenti» [*Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, 1983, 57], essendo essenziale soltanto «che nel suo complesso il sistema risulti adeguato a realizzare il principio democratico e a evitare che si formino posizioni di potere separate e sottratte a qualunque controllo» [A. PIZZORUSSO, *ibidem*, 58, il quale escludeva, anche in prospettiva, il pericolo di un «governo dei giudici»]. Esplicitiamo noi che ciò deve valere anche laddove tali posizioni siano del Parlamento [nella dottrina penalistica, con riferimento alla sentenza in oggetto, mostrano invece cautela F. GIUNTA, in AA.VV., *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, 13 ss. (in part. 29); G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale: una svolta sulla sindacabilità delle norme di favore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 671 ss.].

D'altro canto, tale *com-partecipazione* è sempre stata realtà.

Posto che neppure nella rappresentazione più sfrenatamente liberale della legalità il Parlamento è stato mai considerato *infallibile*, e che in tutti gli ordinamenti esistono meccanismi di controllo che assicurino – in caso di *svista* – la pronta (ri-)conformazione della legge ordinaria a quella costituzionale, nel nostro sistema tale compito è affidato ad un organo *ad hoc*: appunto la Con-

sulta che, pertanto, già nella visione dei padri costituenti, *affianca* il Legislatore nell'attuazione della legalità.

Certo, tale conclusione è negata da chi ammonisce che: il ruolo para-legislativo della Corte dovrebbe essere meramente eventuale e sussidiario, poiché essa subentra soltanto nel caso di evidente contrasto con le disposizioni della Carta Suprema; e anche in tal caso, la Consulta dovrebbe limitare il suo intervento nei limiti della stretta necessità.

Ma sarebbe superfluo osservare che tali cautele vedono ridotto il proprio valore al piano simbolico, poiché si scontrano contro le peculiarità *ontologiche* del ragionamento giuridico in generale.

3. (Segue) *Riserva di legge e Corte costituzionale: il ruolo dei principi*. – In primo luogo, non è sempre possibile stabilire con certezza quando sussista un contrasto con le disposizioni costituzionali, poiché tale contrasto spesso dipende dalla lettura che delle disposizioni (di legge ordinaria e costituzionale) fa l'interprete e non può dunque prescindere dalla componente squisitamente soggettiva [per un quadro delle spinte teoriche sottese alla corrente ermeneutica del diritto, sia consentito rinviare a O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, 2006].

In secondo luogo, tali disposizioni, lungi dal sottomettersi docilmente al *dictat* di certezza, assumendo l'auspicato ruolo di premessa del sillogismo giudiziario, si ribellano spesso all'*all or nothing* dell'applicazione (secondo la nota definizione dworkiniana), soprattutto quando siano espresse, come sovente accade nell'ambito costituzionale, in forma di *principio*.

Una simile conformazione ne assicura invero la ricchezza di contenuti attuali e potenziali, e dunque la longevità, affatto pertinente a proposizioni di rango super-primario (il *contesto* reagisce sul *testo*, modificandolo; non può tuttavia spingere la sua portata oltre il confine semantico delle parole, sicché, più ampio e flessibile si dimostra quest'ultimo, più tardi si raggiungerà il punto di rottura che fa la norma disfunzionale rispetto alla sopravvenuta *ratio* di tutela). Nel contempo, però, rende in molti casi impraticabile il ragionamento deduttivo, l'unico in grado di assicurare la certezza dell'esito decisionale.

Come noto, i principi si lasciano conoscere (e poi applicare) esclusivamente nella logica del *bilanciamento* (con principi espressi da altre proposizioni costituzionali o con istanze recepite nella medesima disposizione), e danno quindi adito ad operazioni argomentative complesse ed intriganti, ma per ciò stesso opinabili. Rinnegano l'idea di una *geometria euclidea* della Corte costituzionale, la quale viene inevitabilmente chiamata ad esprimere, già nel

momento iniziale, in cui deve ravvisare i presupposti del suo intervento, valutazioni di natura assiologica, cui è connotato un margine di discrezionalità [sulla maggiore discrezionalità del giudizio di bilanciamento rispetto al procedimento interpretativo, dal primo presupposto e già di per sé irriducibile alla mera oggettività, valgono per tutte le considerazioni di R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1991, 46 ss., e di A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, Enc. giur. Treccani, XXV, Roma, 1991, 2 s.].

Una volta, poi, selezionato un *principio* con preferenza su un altro e dunque ipotizzato (in questi termini) il contrasto tra legge e Costituzione, la Corte decide, e qui, quale che sia la formula prescelta all'interno del ventaglio offerte da una prassi ormai consolidata (che contempla, oltre alle sentenze di mero accoglimento cui allude la Carta fondamentale, altresì quelle interpretative di rigetto, quelle additive, quelle manipolative ecc.), essa invariabilmente *in-nova*.

Innova tuttavia anche quando dichiara infondata la questione di legittimità, sulla base di una particolare lettura *ortopedica* della disposizione di legge ordinaria o costituzionale, dando ragione – anche in questo settore (il più significativo) della giurisdizione – a quanti da tempo si dichiarano convinti che i piani della posizione e dell'interpretazione della norma concorrano entrambi alla formazione del diritto [la consapevolezza è da tempo maturata nei comparatisti, cui dobbiamo il concetto di *formanti*. Vd. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, V ed., 1992, 43 ss. Per restare alla letteratura italiana, in filosofia del diritto, fondamentale G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990. Con precipuo riguardo alla materia penalistica, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.].

Non si sta scoprendo nulla di nuovo. L'esclusione della Corte costituzionale dal momento genetico della norma ha sempre rappresentato più la proiezione di un desiderio radicato nell'immaginario del diritto (soprattutto penale) *illuministico* che una pretesa mai realizzata o concretamente attuabile.

Naturalmente, tutti concordiamo sul dovere, per la Corte, di attenersi a precise condizioni (esattamente come il Parlamento ha da rispettare quelle, procedurali, scritte nella stessa Costituzione e nei regolamenti parlamentari). Ma, come si è detto, quando vengono in ballo i *principi* della Costituzione, tali condizioni si rivelano sovente sorprendentemente flessibili. Per cui, al di là di un generico auspicio – sottoscrivibile da tutti – a che essa contenga l'intervento nell'ambito della stretta necessità, sembra difficile spingersi.

Comunque agisca, il Giudice delle leggi crea diritto e lo fa, in certa misura, *sovranamente*.

È chiaro peraltro che, di fronte a questi scenari di discrezionalità, il penalista non si allarma se la decisione della Corte *contiene* gli spazi dell'incriminazione, in sintonia con lo spirito garantistico che ispira e quindi taglia trasversalmente tutte le disposizioni costituzionali in materia penale [vd., ad esempio, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 739 ss.]. Si preoccupa, invece, e a ragione, quando li amplia.

Dal che l'affermazione, fino a pochissimo tempo fa generale e tranciante, che le sentenze della Corte non possono sortire effetti *in malam partem*.

Dovrebbe però essere a questo punto chiaro che l'assunto non discende da una supposta incompetenza in sé della Corte a concorrere nell'attività di normazione penale (fenomeno non eliminabile), bensì dalle preoccupazioni destinate dall'assenza, quando *maneggia i principi, di regole* (a contenuto vincolante) che ne possano incanalare l'operato, rendendolo *prevedibile*.

Esso va pertanto relativizzato: nel senso che una funzione paralegislative della Corte deve poter essere ammessa, laddove (nei casi rarissimi in cui) l'esito della sua attività possa dirsi *certo*.

Tutto ciò richiama l'attenzione sull'ultimo profilo della legalità, quello della tassatività-determinatezza, rivelando – un po' a sorpresa – come sia proprio quello, in fondo, centrale e più problematico.

4. *Determinatezza e Corte costituzionale: il ruolo delle regole*. – Se – come si è detto – l'utilizzazione dei *principi* non assicura (quasi mai) la certezza della decisione (per loro qualità, i principi sono infatti *bilanciabili* ed inapplicabili in modo *secco*), non può invece escludersi che l'agognato esito possa conseguirsi fondando la pronuncia su basi differenti. Ove ciò sia possibile, e cioè nei casi in cui la decisione della Corte sia effettivamente *a rime obbligate* (secondo la celebre espressione del Crisafulli) o *trincerata* (secondo la terminologia del filosofo F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, Bologna, 2000), non essendo frapposto – come si è visto – alcun insormontabile ostacolo dalla riserva di legge penale, ci sembra che la Corte dovrebbe essere libera di pronunciarsi così *in bonam*, come *in malam partem*.

Ebbene, è stato evidenziato da un'autorevole dottrina che tali rarissime situazioni si verificano quando la Costituzione stessa preveda un obbligo specifico di incriminazione. Il caso più evidente è quello dell'art. 13, IV comma, che impone di criminalizzare l'uso della violenza fisica su persone in stato di

libertà personale ristretta [G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, II ed., Milano, 1999, 196 s. Per ulteriori esemplificazioni, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le zone franche*, in *Giur. cost.*, 2006, 4166 ss.].

Ora, se tale proposizione costituzionale, vista nella prospettiva dei contenuti, è qualificabile come *principio* in quanto a rilevanza [rappresenta un portato di civiltà giuridica e dunque una irrinunciabile “istanza morale”, secondo l’espressione usata da G.R. CARRIÒ, ad esempio, in *Principi di diritto e positivismo giuridico*, in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980, 75 ss.], dal punto di vista *funzionale* (del funzionamento), svela piuttosto la natura di *regola*, secondo la già citata formula dworkiana (di sicuro non indiscussa, ma che assumiamo valida ai nostri limitati fini dimostrativi).

A voler generalizzare, dunque, in ogni caso in cui si sia al cospetto di *regole*, la Corte eserciterebbe il suo potere secondo il succitato modello di decisione *trincerato*, contrapposto a quello, plastico e flessibile, *conversazionale* [viene qui un po’ forzato il senso del binomio disegnato da F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit.], e potrebbe dunque esercitare senza timore la sua funzione para-legislativa in materia penale, quand’anche *in malam partem*.

Passando pertanto al caso di specie, si premette che il parametro del giudizio di legittimità sfociato nella dichiarazione di illegittimità di alcune fattispecie di falso (molto) *in bonam partem* (sent. n. 394 del 2006) è stato individuato nell’art. 3 Cost. E si anticipa altresì che, a nostro avviso, la Corte costituzionale ha adottato proprio un modello decisionale *trincerato* (esercitando dunque una corretta funzione concorrente nella normazione penale). Resta da chiarire come tale conclusione sia possibile, posto che l’eguaglianza si atteggia normalmente a *principio* – oltretutto, tra tutti, forse il più flessibile – e mai invece (per sua incapacità strutturale) a *regola* (come invece l’art. 13 Cost., prima citato, che pone obblighi *espliciti* di penalizzazione).

A tale scopo occorre soffermarsi sul contenuto della *ragionevolezza*.

5. (Segue). *Determinatezza e Corte costituzionale: la ragionevolezza*. – Come noto, l’interpretazione fornita dalla Corte della ‘eguaglianza formale’, di cui all’art. 3 Cost., l’ha ben presto trasformata in ‘ragionevolezza’, massima di buon senso che vieta di trattare in modo diverso situazioni analoghe ed in modo analogo situazioni diverse [insiste sul profilo dell’assenza di una ragione giustificativa D. PULITANÒ, *Principio d’eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. Merito*, 2007, 209 ss.].

Ora, si sa che «ogni inferenza analogica procede dalla somiglianza tra due o più cose sotto uno o più aspetti alla somiglianza di quelle cose sotto un qualche altro aspetto» [I.M. COPI, C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1999, 466]. Il che, trasposto in termini giuridico-costituzionali, impone appunto di assicurare a fattispecie concrete simili simili trattamenti normativi. Reclama, in una parola, la *coerenza* interna del sistema.

È passato anche parecchio tempo da quando questa idea fu messa a punto dal Paladin nei termini famosi. «Il giudizio della Corte non si svolge entro uno schema binario, esaurendosi nel consueto confronto fra la norma impugnata ed il parametro o la pluralità di parametri costituzionali richiamati; bensì richiede che il giudizio stesso comprenda almeno tre termini, vale a dire la norma impugnata, il principio costituzionale d'eguaglianza ed un *tertium comparationis* in vista del quale possa dirsi che la differenziazione o la classificazione in esame sia ragionevole oppure arbitraria, provvista o carente di un adeguato fondamento giustificativo, e quindi conforme o difforme rispetto al generale imperativo dell'art. 3» [L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 – dicembre 1983*, in *Scritti su La giustizia costituzionale, in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, vol. I, 609. Vd. inoltre ID., voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 529 ss.].

Sappiamo però che, ad onta di tali cautele (nonostante, cioè, la rilevata necessità di individuare sempre un *tertium comparationis*), la conclusione di un giudizio analogico non può essere certa, poiché la struttura logica dell'argomento è – e resta – induttiva [I.M. COPI, C. COHEN, *Introduzione*, cit., 464].

L'incertezza che segna il giudizio è stata dunque alla base di una progressiva dilatazione del contenuto semantico della parola “ragionevolezza”. In un duplice senso.

Da un lato, ha consentito che si esorbitasse dal nucleo originario del lemma, rendendo plausibili le accezioni *flou* oggi dominanti nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionali, le quali, con diversità di accenti talvolta vi ravvisano il fondamento (in negativo) delle contraddizioni che si verificano «ogni volta che la [...] disciplina determini ingiustificate, arbitrarie e irrazionali discriminazioni non giustificatamente o ragionevolmente fondate sull'assunzione di scopi costituzionali» [F. MODUGNO, voce *Legge (vizi della)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXIII, 1973, 1035 s.]; altre volte, risolvono la ragionevolezza nell'idea – che sotto alcuni aspetti può apparire ancor più pericolosa per il diritto penale – della “proporzionalità” [A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, 35; A.S. AGRÒ, Commento all'art. 3, in G. BRANCA, *Com-*

mentario alla Costituzione, Bologna, 1975, I vol., in part. 141 ss.]. Sicché, se si volesse tracciare un bilancio, non sarebbe difficile dimostrare che la giurisprudenza costituzionale, con la benedizione della letteratura specialistica sull'argomento, disdegna ormai il solo controllo sulla razionalità intrinseca della norma, per commisurarla invece «anche a referenti valorativi esterni all'ordine delle argomentazioni di diritto positivo» e proiettarla «verso l'orizzonte del bilanciamento di valori o di considerazioni equitative sciolte da vincoli logici con il testo» [di recente, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 189]. Non sorprende, similmente, che i c.d. argomenti di *efficienza strumentale*, tra cui la congruenza, la pertinenza, la proporzionalità ecc., e gli argomenti di *giustizia-equità* abbiano la meglio sugli argomenti di *razionalità sistematica*, esemplificati appunto dalla *coerenza* [la terminologia è di G. SCACCIA, *Gli strumenti*, cit. I contenuti però coincidono per larga parte con la distinzione postulata da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 148 ss., tra: *ragionevolezza* (in senso stretto), *giustizia* e *razionalità*. Resta fedele alla ragionevolezza come *coerenza*, sebbene in un'accezione più ampia di quella tradizionale, A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976; ID., (voce), *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 1 ss.].

D'altro lato, l'incertezza del giudizio ha finito con l'assecondare, in un certo senso, tale fuga verso valutazioni di natura dichiaratamente assiologica e sostanziale. La generale sfiducia maturata attorno all'effettiva stringenza logica del criterio di coerenza ne ha evidenziato la nota di ipocrisia: «la costruzione dello schema trilaterale appare assai più un espediente *a posteriori* che non la ragione effettiva del decidere da parte della Corte costituzionale» [G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., 157]. Al punto che il suo stesso teorico lo ha ad un certo punto rinnegato, constatandone il fallimento [L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, agg., I, Milano, 1997, 899 ss.].

Scolpisce, in particolare, Bin: «poiché ogni procedimento per analogia presuppone scelte decisive circa il punto di prospettiva dal quale si deve giudicare la rilevanza di somiglianza e difformità, e poiché i giudizi o sulla rilevanza implica la considerazione delle relazioni causali tra gli eventi [...], il ragionamento "triangolare" diviene parte di un procedimento più complesso e assai meno tranquillizzante, in cui vanno valutati la congruità della norma rispetto al suo fine [...], gli effetti collaterali dello strumento normativo prescelto, la sua "economicità", la fondatezza empirica delle relazioni causali presupposte, la considerazione di fatti ecc.» [R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 45 s. E a con-

clusioni analoghe è giunta anche un'autorevole dottrina penalistica. Vd. F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, in part. 371 ss. Sul bilanciamento, altresì A. TESAURO, *Il bilanciamento nella struttura della diffamazione tra teoria del reato e teoria dell'argomentazione giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1083 ss.]. Insomma, la discrezionalità del giudice si insinua (quanto meno) nella scelta del *tertium comparationis*; permea l'interpretazione di quest'ultimo come della norma soggetta al giudizio; condiziona la selezione degli elementi di somiglianza tra le due, per contaminare, infine, l'apprezzamento delle *rationes legis*.

Vero ciò, si danno situazioni in cui la disparità di trattamento è agevolmente ravvisabile, anche nella sua accezione sostanziale di ragionevolezza [vale a dire, senza tornare alla ristretta nozione di 'eguaglianza formale', fondata dall'art. 3 comma 1 Cost. sui criteri della "razza, sesso, religione" ecc.: proposta emersa in quasi tutti i contributi ad un incontro di studio occasionato dalla sentenza in oggetto e rifluiti in AA.VV., *Verso un sindacato*, cit. In particolare, vd., *ivi*, F. GIUNTA, 24 s.; G. INSOLERA, 49; N. ZANON, 58].

Tanto per restare ad un tema di *attualità penalistica*, si pensi all'irragionevolezza nel trattamento di alcune fattispecie poste a tutela dell'embrione (come quella attinente al divieto di diagnosi pre-impianto) nel confronto con la disciplina normativa che interessa il feto durante la gravidanza. Soltanto che, in siffatte ipotesi, chi condivide il giudizio sull'impossibilità di desumere dalla Costituzione inequivocabili indicazioni sostanziali [C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della Legge 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita"*, *Dir. pub.*, 2004, 501 ss.] teme che la scure dell'illegittimità possa abbattersi, *a caso*, sulla disciplina sottoposta per prima al controllo di legittimità (in virtù di un poco significativo criterio di preferenza cronologica, forse più inquietante della paventata intromissione *politica* della Consulta nelle sovrane scelte legislative).

Esiste invece almeno un caso in cui il giudizio sulla disparità di trattamento è affatto *trincerato*. Ricorre quando le disposizioni giacciono (addirittura) in un rapporto *strutturale* di specialità l'una rispetto all'altra e la Costituzione soccorra, con la sua gerarchia di valori, a fornire indicazioni sulla maggiore o minore gravità di ciascuna di esse [*amplius*, O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui "falsi elettorali"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 100 ss.].

Paradossalmente, si direbbe che sia proprio il diritto penale il settore dell'ordinamento in cui questa (rara) statistica ha maggiore facilità di inverarsi.

Ciò, in considerazione della peculiare conformazione delle fattispecie incriminatrici che, nel regolare situazioni umane, le descrivono seguendo lo schema di piccoli *racconti*: snodandoli secondo uno schema fisso e come tale ricorrente.

Ebbene, il caso deciso dalla Corte nella sentenza n. 394 è proprio uno di quelli, felicissimi (quasi di scuola), in cui il ragionamento trilaterale della Corte ha potuto giovare non soltanto di un nitido rapporto di *genus ad speciem* tra *racconti* (criminali), ma altresì dell'importante contributo della Costituzione, che ha suggerito indizi inequivocabili su quale fosse, tra i due *episodi*, quello più grave.

Lasciamo la parola alla Consulta: «i reati di falso – e di falso documentale in particolare – hanno natura tipicamente strumentale. Comune ad essi è difatti la protezione di un bene giuridico “strumentale intermedio”, tradizionalmente compendiato nella formula “fede pubblica”, intesa quale affidamento dei consociati nella genuinità e veridicità [...]. Questo valore – ed in ciò risiede appunto la sua “strumentalità” – non è fine a se stesso, ma rappresenta un mezzo di protezione di beni “finali” ulteriori, atti ad essere compromessi dalla manipolazione delle predette fonti: beni “finali” che, in rapporto alla loro variegata caratura (patrimoniale, personale, pubblica, collettiva, ecc.), ben possono contribuire a qualificare, sul piano del disvalore, le differenti ipotesi di falso». Se dunque, come nel caso di specie, la condotta costitutiva del delitto codicistico e del reato elettorale speciale è la stessa ed identico è anche il bene strumentale-intermedio “fede pubblica”, «il salto sanzionatorio tra le figure criminose [...] dovrebbe poter trovare giustificazione in considerazioni legate alla diversa pregnanza del bene “finale” [...]. Sennonché, il bene finale tutelato dal reato *de quo* è di rango particolarmente elevato, anche sul piano della rilevanza costituzionale, in quanto intimamente connesso al principio democratico della rappresentatività popolare: trattandosi di assicurare il regolare svolgimento delle operazioni elettorali ed il libero ed efficace esercizio del diritto di voto».

Più chiaro di così ...: la storia riservava all'*episodio più grave il finale meno triste*. Non c'è dubbio che fosse incoerente, irragionevole (non di per sé, bensì nella trama complessiva di una raccolta di storie dalla fine scontata). E che andava quindi cambiata [di diverso avviso G. DI MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, 4170 ss.].

Siamo allora in grado di fornire una risposta all'interrogativo con cui si chiudeva il paragrafo precedente. Si è detto che il *trinceramento* del giudizio dipende dal concorso di due fattori: rapporto di genere a specie tra due fatti-

specie-racconto e referente costituzionale che illumini la scala di (dis-)valore, altrimenti in penombra. Appunto la circostanza che debba essere la Costituzione (e non il giudice, secondo il suo personale apprezzamento) a decidere quale sia il bene più rilevante e quindi il fatto più grave porta a riconsiderare la fisionomia del giudizio di ragionevolezza. Ci sembra infatti che, più che un *parametro*, in materia penale, l'art. 3 Cost. offra un *criterio* (quello della coerenza, della non contraddizione all'interno dell'ordinamento) per decidere la questione di legittimità: mentre quest'ultima continua – come sempre – a fondarsi su un contrasto tra una legge (penale) ed una norma costituzionale.

In sintesi, l'eguaglianza non può mai essere una *regola* su cui fondare il giudizio di legittimità costituzionale *in malam partem* in materia penale. Delle due, infatti, l'una.

L'eguaglianza si atteggia a *principio* (di giustizia ovvero di proporzione, pertinenza ecc.: quelli che secondo la terminologia costituzionalistica prima usata sarebbero, rispettivamente *argomenti* di *giustizia-equità* oppure di *efficienza strumentale*), ed allora può forse costituire il fondamento di una pronuncia di illegittimità *in bonam*, ma mai in *malam partem*: per la scarsa determinatezza che non lo consente (il modello argomentativo sarebbe infatti di tipo *conversazionale*).

Oppure la *regola* è dettata dalla Costituzione (nel caso di specie, dagli artt. 55 ss. Cost.) e la determinatezza è soddisfatta perché il modello risulta *trincerato*. In tal caso, però, l'eguaglianza-*ragionevolezza* (o *ragionevolezza-coerenza*: *argomento di razionalità sistematica*) funge, come si è detto, da *criterio* che permette eccezionalmente alla regola di operare anche *con effetti sfavorevoli*, purché necessari a salvaguardare l'ordine interno del *discorso* normativo. E legittima, all'uopo, *obblighi impliciti di tutela penale* sul piano costituzionale [evenienza d'altro canto da tempo già ammessa, entro questi ristretti termini, da D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 525 ss.]: gli unici, peraltro, giustiziabili dalla Corte [come noto, l'attuazione degli obblighi costituzionali *espresi* è sovente preclusa dall'assenza della norma su cui appuntare il giudizio di legittimità. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso*, cit., 360 ss.].

La matassa ci sembra così dipanata.

6. *La sentenza n. 394 del 2006 (conclusioni)*. – Riepilogando una volta ancora:

- la funzione para-legislativa *in malam partem* della Corte non è ostacolata in modo insuperabile dalla riserva di legge, poiché connaturata a qualunque attività giurisdizionale e, per di più, espressamente voluta dalla Costituzione;

- essa è invece preclusa dal principio di determinatezza quando la Corte non sia nelle condizioni di applicare *regole*, che *trincererebbero* il giudizio, ma possa soltanto bilanciare principi (secondo il *modello conversazionale*);
 - (fatte salve assai rare eccezioni) non esistono nella Costituzione *regole* (obblighi) espresse (i) di penalizzazione; possono però palesarsene o insorgerne di implicite (i), le volte (invero pochissime) in cui la proposizione costituzionale (dettata per tutt'altro fine che quello penalistico) assuma il ruolo di parametro costituzionale alla cui stregua valutare la stretta *coerenza* tra le parti del sistema;
 - la trasformazione di un principio in *regola* di penalizzazione è certamente assicurata quanto meno in presenza di due requisiti: a) l'esistenza di un rapporto di *genus ad speciem* tra disposizioni normative; b) la maggiore gravità di quella trattata più favorevolmente, desumibile – appunto – alla stregua delle indicazioni costituzionali.
- Ciò vero, si dovrebbero desumere due considerazioni, davvero finali:

La prima è che la Corte, la quale pure ha deciso in modo affatto condivisibile, sembra aver però spinto la motivazione oltre il segno:

- dapprima quando, sul piano astratto e seguendo un orientamento invero consolidato, ha negato a se stessa ogni competenza *in malam partem* in nome della riserva di legge (mentre invece, come si è detto, una competenza concorrente le può ben competere);
- quindi, con riguardo al caso concreto, nel passaggio in cui ha cercato di aggirare l'ostacolo (che si è essa stessa creato) ricorrendo ad un ingegnoso stratagemma retorico: escludendo cioè l'«introduzione di nuove norme o [la] manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali», e registrando piuttosto un'«automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria» (quasi che la seconda non sia conseguenza della prima. Sulla scarsa persuasività della *finzione*, ZANON, in *Verso un sindacato*, cit., 56);
- infine nel momento in cui, allo scopo di delimitare concettualmente e con validità generale l'ambito del suddetto legittimo intervento, ha (ri-)proposto la distinzione (abbozzata nella sent. 161/2004, sulle *nuove* false comunicazioni sociali) fra: a) *norme penali favorevoli*, sottratte al suo sindacato, in quanto “delimitano” l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; b) *norme penali di*

favore, invece sindacabili, poiché “sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all’ambito di applicazione di altra norma, più comprensiva. Siffatta contrapposizione, oltre ad essere sprovvista di un adeguato fondamento giustificativo dal punto di vista del diritto positivo, da quello logico non sembra resistere all’obiezione che, nel diritto, *si sottrae* (operatività) appunto *mediante delimitazione* (solitamente proprio della tipicità); mentre, dal punto di vista dogmatico, è quasi superfluo osservare che la qualificazione di elementi specializzanti come elementi costitutivi (dunque, partecipi dell’offesa) ovvero inerenti alla sola punibilità (e come tali ad essa estranei) rappresenta per lo più un problema di interpretazione, risolvibile in modo diverso a seconda delle differenti premesse: sicché, il binomio *norme favorevoli/norme di favore*, alla prova dei fatti, sembra difettare proprio della certezza cui aspirava [dubbi analoghi in F. GIUNTA, in *Verso un sindacato*, cit., 17 ss.; L. MEZZETTI, *ivi*, 33 s.; G. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza*, cit., 678;].

Anche la seconda precisazione potrebbe essere omessa senza rimpianti, se non fosse per un assillo che sembra percorrere i sotterranei della sentenza in oggetto e che concerne, in particolare, il raffronto con quanto deciso in un’altra occasione, poc’anzi richiamata, in cui la Corte dichiarò (invece) inammissibili alcune questioni di legittimità sollevate in relazione alla disciplina delle false comunicazioni sociali.

Ebbene, a nostro avviso, se reali, le preoccupazioni della Corte sarebbero invero eccessive, essendo le due situazioni irriducibilmente diverse.

Si è detto come, ai fini del giudizio di ragionevolezza, non interessi che la norma sia di favore, bensì che essa sia *irragionevolmente* di favore (o favorevole, che dir si voglia: si è spiegato che il distinguo non convince). Ciò, come più volte ricordato, implica la necessità di un confronto con il *tertium comparationis* (nel caso di specie, rappresentato dalla disposizione codicistica in tema di falsità) che – neanche a dirlo (la *coerenza* è un criterio infra-sistematico e non di giustizia intrinseca) – va rinvenuto all’interno dell’ordinamento e deve essere dunque vigente [parla di *specialità sincronica* M. GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, 467 ss., che in essa ravvisa il criterio atto a contemperare la riserva di legge con il *principio di costituzionalità*]. Laddove esso non fosse reperibile poiché – *facciamo il caso* – abrogato (come le false comunicazioni sociali del 1942), decomposto *il triangolo* in una semplice *retta*, non si potrebbe esperire alcun giudizio di ragionevolezza [a nulla valendo ovviamente che, a seguito dell’eventuale pronuncia di incostituzionalità, la

vecchia norma resusciti o meno: effetto peraltro dubbio. Per la soluzione positiva, tra gli altri, C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 350 ss.]. Sicché, una eventuale partita di illegittimità si dovrebbe giocare esclusivamente sul più malfermo tavolo degli obblighi comunitari di tutela (con tanto di *limiti* e *contro-limiti*), rinunciando alla necessaria determinatezza. Il che, per quanto sgradevole risulti tale conclusione, non conferirebbe alla Corte una legittimazione certa a pronunciarsi in *malam partem*, lasciando *finalmente* (?) sovrano della scelta di incriminazione il solo Parlamento ...

prof. PAOLO VENEZIANI
Università di Parma

1. *La nozione di norma penale di favore enucleata dalla Corte Costituzionale. In particolare: la distinzione tra norme penali "favorevoli" e norme penali "di favore"*. – Conviene prendere le mosse dall'articolata nozione di "norme penali di favore", descritta dalla Corte Costituzionale.

Innanzitutto, deve trattarsi di norme che stabiliscano, per determinati *soggetti* o *ipotesi*, un trattamento penalistico *più favorevole* di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme *generali* o *comuni*.

Inoltre, esse si caratterizzano per l'effetto di *sottrarre* determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo. Ciò – precisa la Consulta – 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 reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite).

Infine, la nozione di norma penale di favore è il risultato di un giudizio di relazione fra due o più norme *compresenti* nell'ordinamento in un dato momento. La Corte Costituzionale esclude infatti espressamente che la qualificazione di una norma come "di favore" possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva.

A ulteriore esplicitazione di tali assunti, la Corte individua i criteri di identificazione delle norme penali di favore, introducendo il distinguo tra "*norme penali favorevoli*" e "*norme penali di favore*". Le prime "*delimitano*" l'area di

intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato. Le seconde, invece, “sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte all’ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva: e laddove una siffatta sottrazione si risolva nella configurazione di un trattamento privilegiato, la qualificazione di tali norme penali come “di favore” va di pari passo con la sindacabilità delle medesime *in malam partem*, nella prospettiva dell’art. 3 Cost. ed in base al canone della ragionevolezza.

Se dunque questa è la prima volta che la Corte si spinge fino a dichiarare l’incostituzionalità di una disciplina favorevole al reo in nome del principio di uguaglianza, ossia censurandola per irragionevole mitezza [così M. GAMBARDILLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467 ss.; F. GIUNTA, in *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità delle scelte politico-criminali?*, a cura di L. ZILLETI e F. OLIVA, Pisa, 2007, p. 13; cfr. altresì D. PULITANÒ, *Principio di eguaglianza e norme penali di favore*, in *Corr. Merito*, 2007, p. 209 ss.], l’innovazione ed il valore di precedente di questa sentenza sottendono comunque un atteggiamento di *self-restraint*, che mira a assicurare circa gli sviluppi futuri della giurisprudenza costituzionale *in subiecta materia*. La nozione di norma penale di favore elaborata dalla Corte è infatti senza dubbio restrittiva, e per così dire “convenzionale”, quasi che i Giudici delle leggi, in uno con la medesima, abbiano inteso dettare con prudente discrezionalità i confini che non possono essere oltrepassati.

Invero, il sindacato di ragionevolezza *in malam partem* è limitato a norme speciali, che stabiliscano un trattamento più favorevole in rapporto a norme generali. Il primo presupposto necessario è quindi rappresentato da un rapporto di specialità (aggiungerei, per evitare equivoci, *in astratto*), sulla falsariga del disposto dell’art. 15 c.p.

È dunque imprescindibile che il controllo di ragionevolezza preservi una geometria triangolare, ossia che sia individuabile il c.d. *tertium comparationis* (la norma generale) con cui mettere a confronto la norma penale di favore (speciale) impugnata [O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 121; G. INSOLERA, in *Il controllo di costituzionalità*, cit., p. 39 ss.; da ultima, M. GRASSI, *La Corte Costituzionale e il sindacato di legittimità in malam partem*, in *Ind. Pen.*, 2007, p. 141 ss.], fermo restando che la triangolazione si chiude con il riferimento all’art. 3 Cost., ed al canone superiore di ragionevolezza.

In altre parole, la verifica attiene non già al piano della ragionevolezza interna, o *intrinseca*, della disposizione di favore, bensì a quello della ragione-

volezza *esterna*: proprio nella misura in cui la norma penale di favore è speciale, la ragionevolezza o meno del trattamento dalla medesima previsto non può essere valutata in sé, ma soltanto attraverso il confronto con il trattamento stabilito dalla norma generale.

È noto, peraltro, come al criterio di specialità si ricorra altresì per dirimere le problematiche in tema di successione di norme penali nel tempo in senso lato; ed è altrettanto risaputo come l'irragionevolezza della *lex mitior* sia stata di recente lamentata in rapporto all'*abolitio criminis* di talune note (sotto)fattispecie.

È allora opportuna la precisazione della Consulta, secondo la quale il giudizio triadico deve avvenire in una dimensione sincronica, e non diacronica: ossia la norma di favore speciale e la norma generale che funge da *tertium comparationis* debbono essere entrambe compresenti nell'ordinamento, vale a dire entrambe *vigenti* [come esattamente precisa M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 476, la specialità sincronica può essere non solo originaria, come nel caso di specie, ma anche sopravvenuta, nel senso che la norma speciale si aggiunge a quella generale].

I limiti della definizione delle norme penali di favore contribuiscono dunque a segnare – al tempo stesso – i confini del divieto, per la Corte, di emettere decisioni *in malam partem* in materia penale.

La Consulta intende ricostruire questo divieto, in ossequio al principio di riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., non già come assoluto, bensì come *tendenzialmente assoluto*.

Invero, i Giudici costituzionali richiamano innanzitutto la propria consolidata giurisprudenza, secondo cui – in linea generale – risulta preclusiva, rispetto all'adozione di pronunce *in malam partem* in materia penale, non già una ragione meramente processuale di irrilevanza (nel senso che l'eventuale decisione di accoglimento non potrebbe trovare comunque applicazione nel giudizio *a quo*) ma (e innanzitutto) una ragione sostanziale, intimamente connessa al principio della riserva di legge.

Invero, anche nella sentenza n. 394 del 2006 la Consulta ribadisce in maniera affatto netta come la riserva di legge comporti la necessità che spetti al legislatore – e precisamente al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale – la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili: con la conseguenza che la Corte Costituzionale non può né creare nuove fattispecie criminose, né estendere quelle esistenti a casi non previsti, né incidere *in peius* sulla risposta punitiva o comunque su aspetti inerenti alla punibilità.

Ma, ad avviso della Corte, la preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* non può essere intesa come assoluta, giacché – se così fosse – si avallerebbe uno scenario palesemente incongruo, “venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole” (C. Cost., par. 6.1).

La sola tendenziale assolutezza del divieto in oggetto si coglie proprio nella prospettiva dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* delle c.d. norme penali di favore, non precluso dall’art. 25, secondo comma, Cost., a fronte della “ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche» dell’ordinamento [...], sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l’assenza d’uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria” (C. Cost., par. 6.1).

Ed è proprio sulla base della definizione di norma penale di favore che la Consulta distingue tra ciò che le è consentito e ciò che le è precluso, pena la violazione del principio di legalità, segnatamente nella prospettiva della riserva di legge.

Infatti: nessuna lesione dell’art. 25, secondo comma, Cost., laddove il sindacato abbia ad oggetto una norma penale di favore, intesa secondo le caratteristiche restrittive sopra sintetizzate. *Vulnus* che viceversa si produrrebbe, qualora un sindacato siffatto venisse esteso alle norme penali “favorevoli”.

Queste ultime, secondo la Corte Costituzionale, si traducono in dati normativi che esprimono una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale: scelta cui la Corte non potrebbe sovrapporre – senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall’art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore – una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare, tramite ablazione degli elementi stessi, l’area di operatività della sanzione (così C. Cost., par. 6.1).

Ne risulta quindi confermato il ruolo centrale che riveste, nell’economia della decisione, la distinzione tra norme favorevoli e norme di favore. Di riflesso, pesano, sugli scenari che la decisione medesima dischiude, alcune ambiguità che tale distinzione reca in sé: ambiguità, forse, non soltanto linguistiche [così invece O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 106].

2. Controllo di ragionevolezza in *malam partem* e tecniche di formulazione

della *lex mitior*. – Innanzitutto, pare che il meccanismo di controllo di ragionevolezza individuato dalla Consulta, e basato sul confronto triadico tra la norma speciale (sospetta di favore) ed il *tertium comparationis* generale possa sollevare una serie di difficoltà sul piano pratico-applicativo. Ebbene, tali difficoltà sono inesorabilmente destinate a colorare in termini di incertezza il limite che la Consulta si è posta nel sindacato *in malam partem*, valicato il quale entra in crisi la riserva di legge.

Una prima difficoltà può derivare dalle tecniche di formulazione a disposizione del legislatore per introdurre la *lex mitior*.

In questa prospettiva, ci si è chiesti se e in che misura sull'individuazione della norma penale di favore possa influire la tecnica normativa adoperata per conseguire l'effetto discriminatorio *in bonam partem* [F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 16 ss.].

Ebbene, secondo la stessa Corte Costituzionale, la sottrazione “di favore” di gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma generale, può essere sindacata *in malam partem* “a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza”. L'elencazione degli istituti e dei mezzi tecnici fornita dalla Corte medesima sembra avere carattere esemplificativo (“previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite”). Quindi, se il legislatore fa opera di “sottrazione” – sembra voler dire la Corte – non importa di quale strumento si serva: il risultato di favore è comunque sindacabile in termini di ragionevolezza.

Ma non pare che questa precisazione della Corte consenta di risolvere agevolmente una serie di nodi problematici, ai quali si può solo accennare in questa sede.

In primo luogo, laddove l'intervento legislativo venga a restringere l'area del penalmente rilevante, lo strumento utilizzato – ossia la natura giuridica della non punibilità – può non essere indifferente.

Forse non è casuale che – nello “strumentario” che si rinviene nella sentenza della Consulta – non compaia il riferimento ad un'ipotesi alquanto problematica, ossia alla non punibilità che sottenda un vero e proprio limite della tipicità del fatto, tale da erodere la portata di una fattispecie previgente.

Da un lato – come si è anticipato poc'anzi – il carattere esemplificativo degli istituti elencati dalla Corte sembra significare che non conti il mezzo, quanto il risultato, ossia l'avvenuta “sottrazione” di un'ipotesi, o di un certo novero di soggetti, dall'area generale del penalmente rilevante (o di un tratta-

mento penale più severo). D'altro lato, la restrizione operata sul piano della tipicità pare coincidere con una delimitazione dell'ambito di intervento della norma penale, e quindi rientrare nella prospettiva di una scelta insindacabile del potere legislativo.

Quand'anche la sottrazione e la delimitazione venissero intese come operazioni sostanzialmente equivalenti (sottrazione e/o delimitazione), entrambe sindacabili *in malam partem* laddove irragionevoli, purché entro i limiti di un controllo esterno e a fronte della comparazione tra norma speciale e norma generale [O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 106], il problema non sarebbe meno complesso, e le soluzioni non sarebbero meno opinabili.

La rimodulazione della tipicità del fatto può infatti avvenire a livello di disciplina generale, senza cioè creare una *lex specialis* che si presti ad essere censurata attraverso la comparazione in chiave di ragionevolezza con il *tertium*: il che sposta il ragionamento su quanto possa essere considerato appagante l'impianto delineato dalla Consulta, nel momento in cui lascia libero il legislatore di creare zone franche, solo osservando le opportune cautele dal punto di vista della tecnica legislativa.

In altri termini, l'eventualità di un sindacato di ragionevolezza *in malam partem* può essere elusa dal legislatore, che intervenga su una fattispecie incriminatrice rimodellandone i confini della tipicità, così delimitandola ma al tempo stesso sottraendo determinate condotte (o determinati soggetti: si pensi alla riformulazione dei soggetti attivi nei reati propri) dalla portata della medesima. In ipotesi siffatte, la Corte dovrebbe arrestarsi davanti al limite che essa stessa si è posta, avendo escluso che il sindacato di ragionevolezza *in malam partem* possa estendersi al raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale (o di mitigazione della risposta punitiva).

Non così invece laddove il legislatore lasci coesistere una sottofattispecie speciale (assistita da una causa di non punibilità, o punita in maniera risibile, *et similia*) accanto ad una fattispecie generale che funga da *tertium comparationis*.

Inoltre, spesso può risultare opinabile la presenza o meno di una sottofattispecie di favore speciale e non punibile rispetto ad una fattispecie generale punibile, proprio perché la previsione di non punibilità – ancorché promanante da una distinta disposizione *ad hoc* – può essere intesa come un limite della tipicità di una norma incriminatrice unitaria, così ricadendo nell'ipotesi sopra considerata.

Si pensi, ad esempio, all'introduzione di una soglia di punibilità, al di sotto

della quale una certa ipotesi (in precedenza punibile) non è più tale. In altri termini, anche nell'ottica di un sindacato di ragionevolezza esterna potrebbero risultare tanto non oziose, quanto di non facile soluzione, le dispute circa la natura giuridica di talune ipotesi di "non punibilità", in uno con la possibilità o meno di ravvisare un rapporto di specialità tra norme compresenti nell'ordinamento.

In proposito, sono state richiamate in dottrina le questioni di costituzionalità sollevate sulla disciplina delle false comunicazioni sociali, aventi ad oggetto le soglie di punibilità sospettate di irragionevolezza.

Più precisamente, ci si è chiesti che cosa distingua, alla stregua della definizione di norma di favore elaborata dalla Corte, il caso deciso in tema di falsi elettorali da quello concernente il rapporto tra primo comma dell'art. 2621 c.c. e terzo e quarto comma della stessa norma (ovvero delle corrispondenti disposizioni contenute nell'art. 2622 c.c.) [G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 41 ss., che sottolinea le proiezioni comunitarie della problematica; su tali proiezioni, effetto della compresenza di norme in un assetto delle fonti "reticolare", V. MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. giust.*, n. 46, 2006, p. 31; sulla sentenza della Consulta in oggetto, nella prospettiva di un più ampio studio sulla ragionevolezza *in criminalibus*, ancora V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss. e spec. p. 748 ss.].

Nell'ambito dello stesso articolo – si osserva – è previsto il fatto punibile e per esso tuttavia è successivamente esclusa la punibilità, quando la condotta decettiva abbia prodotto determinati risultati (alterazione non "sensibile" della situazione economica, una variazione del risultato economico di esercizio inferiore a determinate soglie) [G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 50].

Se ne è tratta la conclusione che tali regole, "compresenti" nell'ambito della medesima disposizione di legge, siano tra loro in rapporto di specialità, tale per cui laddove ricorra l'elemento specializzante viene ad essere esclusa addirittura la punibilità [G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 50].

Sicché "qualora si fosse giunti ad una censura di irragionevolezza verso la scelta legislativa – come si riteneva da parte dei giudici remittenti di Milano – in termini evidentemente omologhi al caso di recente deciso, la Corte avrebbe potuto procedere con un intervento ablativo dei commi 3° e 4° dell'art. 2621 c.c. (ovvero 5° e 6° dell'art. 2622 c.c.), così riespandendo la portata punitiva generale del primo. Né ci sembra possibile obiettare che in questo caso si sarebbe finito col neutralizzare una scelta di depenalizzazione e non di irragionevole riduzione della risposta punitiva. L'argomentare della Corte coinvolge *a fortiori*

anche la prima ipotesi, come forma più grave di discriminazione per tipologie di condotte: e, del resto, espressamente in questo senso si esprime la sentenza n. 394/06 (al punto 6.1)” [così testualmente G. INSOLERA, *op. cit.*, pp. 50-51].

Tali considerazioni paiono ineccepibili, laddove le ipotesi di non punibilità ivi previste si possano effettivamente considerare speciali rispetto alla norma incriminatrice generale. Ogni dubbio in proposito sembra essere dissipato dopo che il legislatore, con la l. 28 dicembre 2005, n. 262, ha introdotto il quinto comma dell’art. 2621 c.c. (e analogamente vedasi l’ultimo comma dell’art. 2622 c.c.), che contempla una fattispecie di illecito amministrativo, proprio per i casi previsti dai precedenti commi terzo e quarto.

Tale illecito amministrativo è infatti chiaramente speciale rispetto al modello criminoso generale, che dunque si presta a fungere da *tertium comparationis*. Margini di opinabilità sembra invece presentare la conclusione che le ipotesi di non punibilità *de quibus* fossero *ab origine* norme speciali, e non già limiti generali della fattispecie incriminatrice, per quanto dettati da una diversa disposizione: ben potendo il precetto scaturire da disposizioni distinte, che descrivono i contorni della tipicità ora in positivo, ora in negativo.

3. *I rischi di “relativizzazione” della riserva di legge.* – In definitiva: l’essere pro o contro la sentenza in oggetto non può rappresentare unicamente il risultato della verifica di un uso corretto del criterio di ragionevolezza.

Infatti, l’applicazione di tale criterio presuppone in primo luogo la tenuta sostanziale della distinzione tra norme di favore e favorevoli: tenuta che – come si è visto – è alquanto dubbia, con il conseguente concreto pericolo di sconfinamenti in ambiti riservati al legislatore.

Ma anche ammettendo che il riferimento al sottrarre/delimitare si traduca in sostanza in un’endiadi, e che ciò conti in realtà siano le “rime obbligate” entro cui deve mantenersi la valutazione comparativa di ragionevolezza, sembra corretto domandarsi se siano davvero “rarissimi” [O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 106] i casi in cui sia dato di ravvisare quel rapporto di specialità – sia pure desumibile da schemi logico-formali e depurato da mediazioni teleologiche, o assiologiche, *et similia* – che è condizione necessaria del sindacato *in malam partem*: e l’operazione di censimento sarebbe non certo agevole, atteso il controverso inquadramento di non poche ipotesi (basti citare ad ulteriore esempio quella della non punibilità degli atti sessuali tra minorenni, *ex art. 609-quater c.p.*, considerata ora limite della tipicità del fatto, ora causa di giustificazione, ora causa di esclusione della colpevolezza, ora causa di non punibilità in senso stretto).

Infine, se quei casi risultassero davvero così rari, sorgerebbe il sospetto che ve ne siano molti altri, addirittura più gravi, che sfuggono al sindacato della Corte, ma che in futuro – *a fortiori* – vi potrebbero ricadere, allorché i Giudici delle Leggi decidano di spingersi oltre nella direzione intrapresa.

Quindi, ammettere il controllo di ragionevolezza delle norme penali di favore (come definite dalla Consulta) secondo lo schema triadico, significa non solo affermare, nel presente, la natura meramente tendenziale del divieto di decisioni *in malam partem* in materia penale; ma anche muovere nel senso di una vera e propria relativizzazione di tale divieto, e con esso del principio di riserva di legge [sulla necessaria limitazione dei poteri della Consulta nel sistema politico istituzionale che sorregge l'art. 25, comma 2, Cost., M. DONINI, G. INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. INSOLERA, Bologna, 2005, p. 18; paventa il rischio di “valutazioni ed argomentazioni metacostituzionali ed extragiuridiche” A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. Pen.*, 2005, p. 895 ss.].

Già in base alla motivazione della sentenza n. 394 del 2006, questo sindacato (che nel caso di specie ha condotto all'intervento ablativo di una fattispecie penale speciale irragionevolmente punita in maniera troppo mite rispetto a quella generale, con conseguente riespansione di quest'ultima) sembra *a maggior ragione* – e quindi senz'altro *ragionevolmente* – destinato ad estendersi ad ipotesi ulteriori, in cui il legislatore addirittura depenalizzi, o comunque renda non punibili, alcune sotto-fattispecie, senza che sia possibile ravvisare un rapporto di specialità tra norme compresenti nel sistema.

Si è visto, del resto, come il criterio distintivo “formale” tra norme “di favore” e norme “favorevoli” – la cui capacità selettiva è meno evidente di quanto possa apparire in prima battuta – possa rivelarsi poco appagante, e forse poco ragionevole, nella misura in cui abilita al sindacato quando si discute della pagliuzza, mentre può inibirlo quando ci si trova dinnanzi ad una trave.

Per paradosso: se il legislatore riformulasse i reati societari non contemplando più come ipotesi rilevanti la falsità in bilancio, o estromettendo *tout court* gli amministratori dal novero dei soggetti attivi, la Consulta non potrebbe intervenire. O forse, potrebbe procedere al passaggio ulteriore, in base ad un evidente argomento *a fortiori*, liberandosi delle pastoie del giudizio triadico.

Se poi la vera finalità della distinzione tra norme favorevoli e norme di favore è quella di sindacare le c.d. leggi *ad personam* [in argomento, E.

DOLCINI, *Leggi ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, cit., p. 59 ss.], quel passaggio sarebbe necessario per raggiungere l'obiettivo, poiché le leggi *ad personam*, intese come leggi che mirano nella sostanza a favorire determinate persone (ma pur sempre leggi, generali e astratte: con l'inevitabile effetto collaterale di favorire anche altri) possono essere congegnate in modo da recare il favore o l'odioso privilegio senza farlo discendere da una norma speciale nel senso sopra precisato: con danni ancora maggiori per la tenuta del sistema e per la collettività.

In breve: è il ragionevole argomento *a fortiori* che può minare la distinzione tra norma penale di favore e norma penale favorevole, e con essa il non insormontabile argine che la stessa Corte ha costruito per auto-limitare il proprio sindacato *in malam partem*.

4. La funzione "paralegislativa" della Consulta, tra "riespansione" della norma generale e "ripristino" della norma abrogata. – Una sorta di cartina di tornasole per verificare gli esiti sin qui delineati è rappresentata dal meccanismo ablativo con cui si estrinseca l'intervento della Corte sulla norma di favore, con effetti *in malam partem*.

"In simili frangenti" – precisa la Corte – "la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: 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: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva" (C. Cost., par. 6.1).

Anche sotto questo profilo, si alimentano ulteriormente i dubbi circa l'efficacia della distinzione tra norma penale di favore e norma penale favorevole: il meccanismo ablativo dell'una come dell'altra è molto simile. Perché l'ablazione della norma di favore non confliggerebbe con la riserva di legge mentre un conflitto siffatto si registrerebbe in caso di ablazione di norma favorevole? La spiegazione offerta sul punto dalla Consulta non pare uno dei passaggi più convincenti della motivazione.

Si è visto altresì come la nozione di norma penale di favore sia il risultato di un giudizio di relazione fra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In quest'ultimo caso, secondo la Consulta, la richiesta di sindacato *in malam partem* mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte.

Ma anche per la norma abrogata si potrebbe sostenere che il "ripristinato" equivale nella sostanza alla "riespansione" della legge previgente (non creata certo dalla Consulta, bensì dal Parlamento); e che tale ripristino/riespansione sarebbe in piena sintonia con la *ratio* di consentire un controllo *in malam partem*, necessario ad evitare che il legislatore possa violare senza conseguenze i precetti costituzionali, quando dalle sue scelte derivi un trattamento più favorevole.

A maggior ragione, si potrebbe essere tentati di far valere questi argomenti anche al di là dei limiti formali sopra descritti, per ancorarli a considerazioni sostanziali e ben più elastiche, così appunto da relativizzare il divieto di decisioni *in malam partem* della Corte.

Ma sarebbero questi approdi tranquillizzanti sotto il profilo del rispetto della riserva di legge?

5. *Il parametro utilizzato dalla Corte ai fini del giudizio di ragionevolezza.* – La sentenza in esame dichiaratamente si colloca nel solco della giurisprudenza della Corte, secondo la quale la configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle sanzioni per ciascuna di esse rientrano nella discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla "meritevolezza" ed al "bisogno di pena", sia sotto il profilo dell'*an* della penale responsabilità che sotto quello del *quantum* (segnatamente della individuazione delle cornici edittali di pena), vengono riconosciuti alla stregua di prerogative di natura tipicamente politica.

Pertanto, la Corte si riserva su tali scelte legislative un sindacato di merito, unicamente laddove "esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene allorquando la sperequazione normativa tra fattispecie omogenee assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sor-

retta da alcuna ragionevole giustificazione” (C. Cost., par. 7.1).

È fin troppo semplice rilevare come un parametro siffatto non brilli certo per determinatezza. Ma è anche vero che la Corte valuta la manifesta irragionevolezza non in sé, ma attraverso il complesso meccanismo che in precedenza si è cercato di delineare, e che dovrebbe arginare entro limiti sufficientemente certi la valutazione ed il bilanciamento di interessi operati dai Giudici delle leggi in rapporto ai casi sottoposti al loro esame. Si ripropongono dunque i problemi ed i rilievi già formulati in precedenza, in chiave volutamente astratta, e cioè a prescindere dal caso concreto oggetto della decisione in commento, al quale tuttavia è opportuno a questo punto dedicare almeno un breve cenno.

6. *Il caso “facile” e quelli “meno facili”*. – Per evitare equivoci, va sottolineato a chiare lettere come le ipotesi dichiarate incostituzionali fossero senza alcun dubbio manifestamente irragionevoli, secondo i parametri delineati dalla Consulta, e comunque rappresentassero un esempio paradigmatico di pessimo uso del proprio potere da parte del Parlamento, per di più in un settore – quello dei reati elettorali – che rende di immediata evidenza la sovrapposizione tra gli interessi della “casta” [ormai per antonomasia quella politica, visto il successo dell’omonimo libro di RIZZO e STELLA] e gli interessi dei cittadini.

Basti ricordare come con gli originari secondo e terzo comma degli artt. 100 del d.P.R. n. 361 del 1957 e 90 del d.P.R. n. 570 del 1960 il legislatore avesse introdotto, nell’ambito dei reati elettorali, due autonomi delitti di falso documentale, in rapporto rispettivamente alle elezioni politiche e alle elezioni amministrative.

Si trattava di figure criminose dal contenuto eterogeneo, che comprendevano sotto severe cornici edittali (reclusione da uno a sei anni nell’art. 100 del d.P.R. n. 361 del 1957; reclusione da due a cinque anni, oltre la multa, nell’art. 90 del d.P.R. n. 570 del 1960, cui si sostituiva, in entrambi i casi, la reclusione da due a otto anni, oltre la multa, nel caso di fatto commesso da appartenente all’ufficio elettorale) una pluralità di sottofattispecie di falso, speciali rispetto alle corrispondenti falsità documentali dettate dal codice penale.

Il quadro era stato modificato dalla legge 2 marzo 2004, n. 61, in particolare enucleando dal corpo delle suddette figure delittuose speciali i falsi concernenti le liste di elettori e di candidati, e configurando questi ultimi falsi come mere contravvenzioni punite con la sola ammenda.

In sintesi, queste fattispecie di falsità, speciali rispetto alle altre ipotesi di fal-

so elettorale (a loro volta speciali in rapporto alle norme codicistiche), risultavano non solo punite in maniera irragionevolmente troppo mite, ma anche soggette ad una disciplina del tutto incongrua rispetto alle altre falsità: basti pensare alla possibilità di estinguere il reato mediante oblazione, *ex art.* 162 c.p.

Ha avuto buon giuoco, quindi, la Consulta a derivarne il connotato tipico delle norme penali di favore, e a dichiararne l'incostituzionalità nella prospettiva dell'art. 3 Cost., non senza un'ampia analisi dei beni giuridici sottesi alle incriminazioni in materia elettorale.

Ciò che appare addirittura paradossale nella scelta di degradare ad illecito penale bagatellare le false autenticazioni delle firme dei presentatori delle liste, così come quelle di accettazione della candidatura da parte dei candidati, è che il Parlamento aveva incomprendibilmente (dal punto di vista razionale) rinunciato a tutelare con un efficace strumento penale (pur mantenendolo per le altre ipotesi di falso) una fase fondamentale del procedimento elettorale. E il paradosso resta di perdurante attualità, se è vero che a molti mesi di distanza dalle ultime elezioni politiche ancora si sono lamentati brogli e si è messa in dubbio la correttezza del responso delle urne, proprio da chi in Parlamento ha dato un contributo fondamentale all'affossamento di una parte non trascurabile dell'apparato preposto alla tutela penale del corretto funzionamento del meccanismo elettorale (peraltro, con effetti di favore assolutamente "trasversali").

Ma è sui "casi meno facili" che va misurata la tenuta della costruzione teorica: questi potrebbero non fare difetto, e spingere verso la ricerca di criteri non meramente formali, bensì caratterizzati in termini di contenuto, traendo spunto dalle indicazioni promananti dalla stessa Carta costituzionale.

Invero, si è osservato come, dichiarando l'incostituzionalità delle disposizioni suddette, la Corte abbia in pratica smantellato pezzo per pezzo la norma incriminatrice, trasformandola – non senza contraddizione – in un qualche cosa di diverso rispetto alla figura voluta dal legislatore [G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 51].

Ciò potrebbe risultare ben più difficile da accettare in casi maggiormente opinabili sotto il profilo dei risultati del vaglio di ragionevolezza, anche in rapporto ai valori implicati.

Fra i molteplici scenari che si sono immaginati, una ipotetica scelta del legislatore di punire in maniera assai mite l'omicidio del consenziente, o *a fortiori* di regolare attraverso la depenalizzazione di tale fattispecie il problema dell'eutanasia su richiesta del paziente, potrebbe essere sindacata dalla Consulta, come se non si trattasse di un'opzione politico-criminale di merito, come tale

compresa nella sfera della riserva di legge (pur con tutti i margini di discutibilità della stessa), bensì di una irragionevole disparità di trattamento, censurabile senza alcun *vulnus* del monopolio del Parlamento [F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 21].

7. *Osservazioni conclusive.* – È già iniziata la ricerca – alla quale si possono dedicare solo alcuni cenni, in conclusione del presente contributo – di argini più sicuri, in grado di meglio segnare i limiti del sindacato di ragionevolezza sulla *lex mitior* da parte della Consulta, e parallelamente di evitare una relativizzazione eccessiva della riserva di legge.

Mentre nulla si obietta a un sindacato di ragionevolezza sulle discriminazioni tra categorie di soggetti, più ardua pare l'ammissibilità di analogo vaglio avente ad oggetto tipologie di condotte. Su quest'ultimo versante, si affaccia il dubbio che il controllo di ragionevolezza *in malam partem*, per quanto contenuto nell'ormai noto schema triadico, finisca per indebolire la convinzione, espressa in sentenza, di lasciare indenne il monopolio legislativo circa le opzioni di politica criminale. Ciò proprio a fronte della scarsa fiducia nella tenuta della distinzione, operata dalla Corte, tra norme di favore compresenti con norme generali da un lato, e fenomeno della delimitazione dell'area della punibilità, che non consentirebbe un sindacato ed una riespansione della norma antecedente più lata, dall'altro: ovverosia, in ultima analisi, nell'effettiva possibilità di operare una convincente differenziazione *concettuale* tra il gesto legislativo che *sottrae* dall'area del penalmente rilevante talune tipologie di condotta e quello che *delimita* l'area medesima [G. INSOLERA, *op. cit.*, pp. 49-50].

Sempre muovendo da una valutazione critica della sentenza n. 394 del 2006 della Consulta, si è avvertita l'esigenza di preservare dal sindacato le scelte politico-criminale attinenti all'*an* e al *quantum* della punizione operate dal legislatore, per quanto opinabili, tranne che nei casi in cui venga in considerazione una concezione ristretta della ragionevolezza, intesa come precipitato del principio dell'uguaglianza di trattamento in senso stretto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, Cost.: e cioè solo quando la Corte abbia a censurare discriminazioni dei cittadini per sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche nonché condizioni personali o sociali.

In queste ipotesi, infatti, il controllo dei Giudici costituzionali si fonda su un parametro definito e si estrinseca effettivamente in valutazioni intrasistematiche delle scelte legislative; e ciò, indipendentemente dalla circostanza che la scure del suo giudizio si abbatta su norme incriminative o di favore. Al contrario, negli altri casi l'accertamento della sproporzione per difetto passa attraverso valutazioni di merito e apprezzamenti politico-criminali, del tutto si-

mili a quelli coperti dal principio della riserva di legge, posto che il parametro della ragionevolezza viene a rilevare come autonomo criterio di razionalità intrinseca della normativa [così testualmente F. GIUNTA, *op. cit.*, p. 23 ss.].

Alla obiezione di fondo mossa all'impianto della pronuncia n. 394 del 2006, secondo cui la Corte si cimenta in valutazioni di critica legislativa attinenti al merito politico-criminale che si sovrappongono indebitamente a quelle del legislatore [F. GIUNTA, *op. cit.*, *passim*], si potrebbe replicare che, in fondo, non ha senso negare il potere normativo anche *in malam partem* della Consulta, giacché anche il giudice ordinario ha un ruolo creativo *in criminalibus* [O. DI GIOVINE, *op. cit.*, pp. 108-109].

In proposito, è noto come la genesi delle fattispecie penali possa essere riguardata da due punti di vista: rispettivamente, *in the books e in action*. Nel "diritto vivente", sono numerosi i casi in cui la giurisprudenza amplia i confini di fattispecie persistenti, dando vita nella sostanza a nuove (sotto)fattispecie e così rendendo penalmente rilevanti fatti in origine esclusi dalla sfera dello *ius criminale*. Talvolta, il legislatore interviene a dettare un nuovo modello criminoso, che si limita nella sostanza a recepire l'orientamento giurisprudenziale che già riconosce come penalmente rilevante la medesima ipotesi (con interpretazione estensiva talora sconfinante in vera e propria applicazione analogica), così sovrapponendo l'incriminazione legale a quella di matrice giurisprudenziale. In altri casi, l'intervento del legislatore comporta una deroga rispetto alla estensione giurisprudenziale di una fattispecie penale preesistente. Né mancano ipotesi in cui la legge produce un'*abolitio criminis* della fattispecie penale di creazione giurisprudenziale [anche per le opportune esemplificazioni, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, p. 71 ss.; sono del resto rinvenibili anche casi di "successione di norme penali giurisprudenziali nel tempo": paradigmatica la vicenda della qualifiche soggettive degli operatori bancari, su cui P. VENEZIANI, *Le qualifiche soggettive degli operatori bancari secondo le Sezioni Unite della Cassazione*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 517 ss.].

Sul versante della determinatezza, se ne è ricavata la conclusione per cui tale principio, calato *in action*, "non funziona come dovrebbe", visti appunto i frequenti aggiramenti giudiziali del divieto di analogia, *aliis verbis* i percorsi attraverso i quali i nostri giudici creano nuove fattispecie penali. E almeno altrettanto compromessa risulta – nel diritto vivente – la tenuta della riserva di legge, laddove è il giudice ad intaccare il monopolio del legislatore quanto a creazione delle fattispecie penali, ed è il legislatore a rincorrere il diritto penale di creazione giurisprudenziale, per confermarne le scelte "interpretative", o

per modificarle, o per cancellarle [A. CADOPPI, *op. cit.*, 117 e 121].

Del resto, come è stato puntualmente osservato, “la legge non può essere considerata oggi alla stregua di come la consideravano gli illuministi meno disincantati. Essa non può contenere ogni soluzione per ogni problema. Cosicché il giudice deve integrare la portata della legge con interventi interpretativi che hanno un margine più o meno grande di creatività”; in quest’ottica, “è illusorio pensare che il Parlamento sia davvero l’unico artefice della legislazione penale, dal momento che anche il giudice, inevitabilmente, partecipa all’opera di rifinitura delle norme create dal legislatore, precisandone e dunque almeno in parte mutandone il contenuto” [A. CADOPPI, *op. cit.*, pp. 122-123].

Ma l’idea che istituzionalmente la Consulta partecipi all’opera di rifinitura delle norme create dal legislatore, mutandone il contenuto anche *in malam partem*, mette francamente qualche brivido: così come spesso, a onor del vero, è ben poco rassicurante il cattivo uso che il Parlamento fa del proprio monopolio, così innescando il dibattito su questi temi.