

DIRITTO PENALE E COSTITUZIONE (*)

di Marcello Gallo

Comincio da una constatazione, di importanza fondamentale per tutto il discorso che segue.

La nostra è costituzione rigida e, allo stesso tempo, molto ampia, come si dice, lunga. Con il primo aggettivo si vuole significare, essenzialmente, che le norme costituzionali, e cioè le norme prodotte secondo una determinata procedura o che, ad ogni modo, vengono riconosciute costituzionali, concernenti in quanto tali i principi di base e l'organizzazione dell'ordine, stanno in cima alla scala lungo i cui gradini si collocano le regole che tutte assieme fanno sistema. Non abbiamo a che fare con esercizi di estetica normativa. La primazia delle regole costituzionali è presidio e sintesi narrativa di un preciso dover essere: nessuna regola di rango subordinato a quello delle regole riconosciute costituzionali, può abrogare queste ultime, o anche semplicemente apporvi eccezioni. La cd. revisione costituzionale è possibile, ma va fatta ubbidendo alla procedura espressamente dettata dalla Carta stessa. Chiara, a questo punto, la scelta offerta al Costituente: enunciato il principio, lasciare che esso funzioni da semplice, pur se particolarmente prestigioso, criterio informatore dell'attività legislativa, nonché di tutte quelle deputate alla applicazione del prodotto legislativo. Altra, però, la strada seguita. La Carta è stata orientata nel senso del superamento di una valenza platonica. Allo scopo di rendere effettiva la regola, di far sì che essa non si limitasse ad espressione di buone intenzioni, non fosse un mero fregio esornativo sul frontone del sistema, si è stabilito che le norme costituzionali valgono come misura della legittimità delle norme di legge e delle norme comunque dotate di efficacia di legge, dalla cui osservanza dipende la legittimità delle regole, cosiddette, secondarie. Si stabilì, insomma, che c'è un giudizio sulle leggi e, conseguentemente, un giudice delle leggi: restava da stabilire, se al giudizio fossero esposte soltanto le leggi successive rispetto all'entrata in vigore della Carta, o anche le precedenti. A riguardo, lunga e animata discussione: conclusa dalla sentenza numero uno, da me più volte ricordata; Presidente Enrico De Nicola, relatore, se non ricordo male, Aldo Sandulli. La pronuncia, una delle più importanti, forse la più importante della nostra storia costituzionale, fu nel senso che la Carta vale come criterio di

(*) Testo della relazione tenuta alla Scuola superiore di studi giuridici dell'Università di Bologna l'8 giugno 2018 nell'ambito del ciclo di conferenze magistrali *"La più bella del mondo? La Costituzione italiana nel suo 70° anniversario"*.

giudizio tanto delle leggi entrate in vigore dopo la Costituzione repubblicana, quanto di quelle precedenti.

Costituzione lunga. Vale a dire, molteplici e variamente intrecciati, o affiancati, i temi, le questioni, i principi previsti ed enunciati dalla Costituzione. Di ognuna delle regole ordinarie che, come vedremo, vanno qualificate “penali”, deve dirsi che è soggetta al vaglio della Costituzione. Non possono, queste regole, contrastare una qualunque regola costituzionale, non possono essere incompatibili con una di tali regole. A questo, che è tratto comune a tutte le norme del nostro ordinamento, si deve aggiungere che non pochi sono gli asserti enunciati dalla Carta o da leggi che si devono definire costituzionali, perché prodotte secondo una certa procedura, che si occupano immediatamente e direttamente di temi specificati con l’aggettivazione “penale”: per tutti, quello della “responsabilità”.

Che cosa si intende, allora, per “penale” – messa a punto indispensabile, se vogliamo cogliere appieno la portata, la valenza, di enunciati specificatamente dedicati alla materia chiamata “penale”. In senso stretto, si qualificano penali le regole presidiate, in caso di inosservanza, da sanzioni penali. Risposta che rinvia alla domanda successiva: tra le varie, distinte, specie di conseguenze sanzionatorie, che modificano in peggio la preesistente situazione giuridica del destinatario, quali sono quelle che definiamo “penali”? A tutta prima, la risposta si orienta nel senso di ritenere tali solo gli effetti giuridici *in peius*, espressamente denominati penali. Sembra una tautologia, ma non lo è. Si vuol dire che dobbiamo considerare penale l’effetto espressamente così denominato: le pene e oggi possiamo, senza dubbi, aggiungere le misure di sicurezza – il dato costituzionale rende superflua ogni esitazione a riguardo. Da questa premessa, si fa sempre più strada l’idea, più esattamente un complesso emotivo di sentimenti: tutte le leggi che dispongono conseguenze *in peius* come reazione a ciò che non si deve fare, si pongono, cioè, come reazione all’illecito in quanto tale – ci possono essere, e ci sono, altre finalità perseguite, ma si affiancano a quella di fondo, essenziale, sopra enunciata. Non fanno invece parte del “penale”, per intenderci, gli effetti giuridici *in malam partem* volti al ristoro, economico o morale, dell’offesa arrecata dall’illecito. Risarcimento del danno, riparazione, ripristino dello status quo ante. Questa tendenza ad ampliare l’ambito del penale che si avvale di decisioni giurisprudenziali meta-nazionali da cui esce rafforzata, a mio avviso, non può non essere condivisa. Si badi, non è questione di buonismo, e se così fosse non me ne vergognerei, ma di buone ragioni: le ragioni che hanno portato l’Occidente a far sì che decine di milioni di persone, che non sempre riuscivano a mangiare una volta al giorno, oggi mangino a mezzogiorno e a sera, che tante bambine, che sarebbero state vendute o addirittura soppresse, oggi vadano all’Università, rappresentino il loro Paese in importanti istituzioni, nei consessi internazionali. Buone ragioni, insomma, *ethos* della Costituzione, di cui sono il fondamento più sicuro, la garanzia di un processo costantemente aperto alla sensibilità civile, ai flussi culturali. Alla lettera, alcune suonano come regole rivolte verso la sola materia penale: poi, si scopre che hanno una forza espansiva, in virtù della quale sempre di più diventano principi regolatori dell’ordinamento nel suo insieme. Per esempio, sempre di più ci convinciamo che la regola della tipicità dell’illecito, e delle sue conseguenze, vada fatta

valere anche al di fuori del diritto penale. E si pensi, per contro, alla vaghezza che, troppo spesso, contrassegna lo stile delle ipotesi di responsabilità disciplinare. Naturalmente, anche qui si pone la domanda su quale sia il dato positivo che ci permette di arrivare a certi risultati. Non mi si accusi di adagiarmi sul luogo comune della “ragionevolezza”. Comune sì, ma fino al punto di rivelarsi, più che comune, la costante di ogni operazione volta ad interpretare e attuare un testo normativo- che prospetti certe conseguenze sulla sfera giuridica del destinatario, qualora ponga in essere un certo comportamento. Voglio dire che interpretare è attività ben diversa da quella che individua segni significanti e rimane poi ferma ad una valenza letterale, fra le tante possibili varianti che ogni segno offre. Al tempo stesso, interpretare non è prendere lo spunto dal segno per abbandonarsi a qualsiasi vagheggiamento che il segno stesso permetta. Interpretare il segno, cosa che facciamo ad ogni passo su segni dal significato quanto mai vario, ove il segno si ponga come normativo, nel senso sopra delineato, vuol dire innanzitutto operare come se sapessimo per certo che il segno in questione muove dall’intento perseguito da chi, individualmente o collettivamente, forma il segno. Tra le, spesso assai numerose, accezioni che il segno permette, ragionevole è quella che, a nostro avviso, appare più idonea allo scopo che spiega il perché del segno. Operazione tanto naturale quanto inevitabile: ne è prova il fatto che questa operazione, il più delle volte, si svolge a livello di inconscio, come avviene quando un processo mentale è così ripetuto e frequente da renderci inconsapevoli del suo prodursi. A questo punto, non è eresia ritenere che non c’è bisogno dell’art. 3 Cost. per leggere la Carta secondo ragionevolezza. Senza indugiarcì a discutere se davvero l’art. 3 sia a riguardo decisivo (e comunque, mi sembra che sul tema ci dica qualcosa non il primo ma il secondo comma dell’articolo stesso), ne facciamo a meno perché interpretare significa leggere secondo ragionevolezza. Se questa fa difetto o, ad ogni modo, non riusciamo a trovarla, il giudizio sarà di irragionevolezza del segno che, in quanto tale, va espunto dal sistema.

Ciò posto, rompiamo un vecchio tabù. Quello secondo il quale regole penali considerate dalla Carta sarebbero solo le regole che prevedono e descrivono gli eventi, più in generale i dati, a cui le regole stesse collegano effetti giuridici, risposta *in peius* a comportamenti per ciò stesso qualificati illeciti, o che su questi effetti intervengono per modificarli o, addirittura, estinguerli. Tabù vecchio, che come quasi tutti i tabù è retto per assecondare certi interessi, in modo da renderli pressoché intangibili. Ogni dubbio a riguardo diventa quasi una bestemmia. In realtà, però, la regola giuridica non ci dice in tutto e per tutto che, verificatisi certi eventi, ne seguono certi effetti. Gli eventi causali e gli effetti causati vanno accertati. A giudizio umano, quello che non è accertato o accertabile, non esiste. La saggezza della Chiesa cattolica dà un preciso riferimento temporale all’accadimento, incarnazione e storicità dell’uomo Gesù, fondamento ed essenza del suo insegnamento: patì sotto Ponzio Pilato. La regola non può limitarsi ad asserire, in tutto e per tutto, che se A allora B: A causale deve essere verificato, B, conseguenza di A, deve essere comunicato ed applicato.

Facciamo il caso di un ordinamento caratterizzato da giurisdizione assolutamente libera. Un ordinamento la cui disciplina processuale, penale, civile o altro che sia, si riduca all’osso, a “quando ne siete convinti, per voi ad ogni buon fine

l'evento è realmente accaduto; comunicate e applicate, come meglio credete, gli effetti che ritenete sanzionatori". Anche qui, non manca la regola che stabilisce il criterio di accertamento, il modo della pronuncia che all'accertamento segue e, finalmente, il modo di applicazione degli effetti della pronuncia. Quanto all'accertamento, vale la regola del libero giudizio. Non ci sono confini ai mezzi con cui il dato che interessa può essere acclarato. Anche comunicazione ed attuazione degli effetti si svolgono all'insegna della più completa libertà: enunciali e realizzali, rendili, cioè, accadimenti concreti, come credi e puoi.

Per concludere: la struttura della norma reale è, inevitabilmente, più complessa di quanto, a prima vista, sembrerebbe suggerire lo schematismo della proposizione ipotetica "se A allora B". Non abbiamo a che fare con regole distinte a seconda che siano sostanziali o processuali, a seconda, cioè, che prospettino soltanto certi fatti seguiti da certe conseguenze, e sarebbero le norme sostanziali, ovvero prescrivano come i fatti condizionati vadano accertati, le loro conseguenze giuridiche comunicate ed applicate, e sarebbero le norme processuali.

A questo punto, chiediamoci: che senso avrebbe una Costituzione che si limitasse a stabilire soltanto come si produce, e a quali principi deve conformarsi, quel segmento della regola che ci informa sui fatti che determinano conseguenze penali e quali sono queste conseguenze. Ritengo che la risposta ad una domanda del genere non possa essere che questa: il detto costituzionale riguarda anche l'accertamento dei fatti rilevanti, la comunicazione e l'attuazione degli effetti nascenti dall'accertamento stesso. Mi sembra indubbio che l'intento dei fattori costituenti, quale che questo intento sia, possa essere sfacciatamente eluso o svuotato dalle regole che dispongono come e quando deve ritenersi che un certo accadimento si è verificato, come ne debbono essere comunicati gli effetti e come questi effetti vadano attuati. Una disciplina "sostanziale" che si presenti, voglia presentarsi, la più rispettosa di principi e garanzia a tutela degli interessi dei soggetti che ne sono destinatari, può risultare irrimediabilmente tradita da come è congegnato il meccanismo processuale indispensabile alla sua attuazione. La struttura reale della proposizione linguistica cui attribuiamo significato e valenza di norma giuridica, assieme alle esigenze che di una massa di norme fanno un sistema, impone questa conclusione: nell'ottica del rapporto Carta-penale, le disposizioni che enunciano *dicta* concernenti la materia "penale" valgono per la norma penale in tutto il suo modo di essere. Più esattamente, per ogni sua parte – ma non perdiamo di vista come vanno le cose: in ogni momento dell'operazione di lettura e realizzazione della norma stessa. queste disposizioni della Carta reggono quella frazione della norma che stabilisce come, verificati gli eventi condizionati, gli effetti condizionati debbono essere comunicati ed attuati, cioè tradotti dal dovere all'essere.

Pienamente consapevole che quanto vado esponendo urta contro un pensiero così diffuso da essere addirittura dominante, faccio una constatazione. Il punto di vista da cui nasce, ed è sorretto, questo pensiero dominante può formalmente appellarsi solo a statuizioni che non sono destinate a valere fino a quando non vengano abrogate o, legittimamente, modificate, a valere insomma per il futuro, fino a che non intervenga contraria vicenda normativa. Si basa su statuizioni che hanno ad oggetto la transizione da una normativa ad altra successiva che la sostituisce: dunque, disciplina transitoria.

Per il resto, non mi pare che nel sistema sia reperibile regola alcuna che giustifichi l'opinione che non condivido: né regola, né principio desumibile da ragioni di coerenza sistematica, o comunque di altra natura. I fatti sono quelli che sono. Agire facendosi forti della validità del brocardo "*actus regit... tempus regit...*". Fa tremendamente comodo a chi per il momento si trova a comandare. Costui potrà modulare a suo piacimento gli effetti giuridici, anche collegandoli a comportamenti tenuti quando della possibilità di essere investito da tali effetti, chi si apprestava ad un certo fare o non fare, non poteva tener conto. Gli esempi non mancano. E allora una riflessione, quasi da incubo. Pensiamo a come ci troveremmo se, in forza di legge ordinaria, utilizzabili nel processo penale fossero solo pochissimi tassativi mezzi di prova. L'art. 25 Cost. dispone che la materia penale è regolata esclusivamente da leggi-formali o, se non tali, da regole munite, in forza di espresso enunciato della carta, di validità ed efficacia pari a quelle delle leggi in senso stretto. A questo punto, una domanda la risposta alla quale segna uno dei limiti più sicuri tra la funzione del potere legislativo e quella del potere esecutivo. Le norme cd. in bianco – espressione che tuzioristicamente vuole limitare, ma non ci riesce, le dimensioni del problema – più propriamente, tutte quelle dotate di elementi per la cui comprensione è necessario ricorrere a regole o a sistemi diversi dalla norma o dal sistema che operano il rinvio, norme caratterizzate da elementi cd. normativi. Chiaro allora, ad esempio, che, se una norma enunciasse come fatto condizionante qualunque "fatto ingiusto", fosse letta come se "ingiusto" rinviasse ad ogni regola giuridica comunque prodotta, vigente, futura, anche non più in vigore, la cd. riserva di legge, uno dei punti chiave dell'art. 25, da torcia splendente si ridurrebbe a flebile lumicino: all'osservanza della riserva sarebbe infatti sufficiente che ad un certo momento la legge, o un atto avente forza ed efficacia di legge, consacrasse con il suo crisma qualunque normativa presente, passata, o futura, anche di fonte secondaria. Ma, a questo modo, si falsa irrimediabilmente la *ratio* della riserva. Che, come da qualche decennio mi ostino a pensare e a raccontare, non è quella della chiarezza del comando: l'esigenza di chiarezza, spesso, è soddisfatta da norme secondarie, particolarmente dettagliate e rivolte a ben individuati destinatari, meglio che da norme di portata generale. Vero è che il senso della riserva è colto quando si tien conto che quel che si esige è che la materia penale sia retta da regole frutto, o possibile frutto, di valutazione e discussione parlamentare. Inutile ripetere che il diritto penale tocca i beni essenziali della persona e accontentarsi poi del proclama. L'inconfutabile realtà del "penale" va tenuta presente, tutta e fino in fondo. Ora, proprio a cagione della profonda incisività dei precetti penali, si chiede che siano pensati, congegnati e varati alla luce del sole. Siano, questi precetti, prodotti nelle forme della legge vera e propria o comunque degli atti dotati di forza ed efficacia pari alla legge. Si chiede, insomma, che siano meditati e discussi allo scoperto, in Parlamento. Che, diciamolo una volta per tutte, è per definizione la sede in cui si parla delle cose pubbliche, se ne parla prima di legiferare. Questa la *ratio* della riserva, questa l'esigenza cui dovrebbe attenersi, tra le altre, una buona normativa dei lavori parlamentari.