

La riserva di legge in materia penale... un “principio tiranno”?

di Mara Moscato
(25 febbraio 2011)

Sommario: 1. Il principio di legalità in materia penale. – 2. La Costituzione come vincolo per il legislatore... anche per quello penale. – 3. La ritenuta inammissibilità delle sentenze manipolative in materia penale... ed una “nota stonata”: la sentenza n. 440 del 1995. – 4. Un comportamento poco “ortodosso”: la Corte manipola il testo... ed il bene giuridico. Ma le manipolative *in malam partem* sono davvero sempre illegittime? – 5. La riserva di legge in materia penale... un principio in odor di tirannide.

1. Il principio di legalità in materia penale

“La libertà personale è inviolabile”.

Così recita lapidariamente il primo comma dell’art.13 della Costituzione, per poi aggiungere che tale libertà può essere limitata “per atto motivato dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge”.

Il Costituente impernia la disciplina della libertà personale sulla centralità del Parlamento e sulla competenza del giudice e, in totale coerenza, sceglie di elevare al rango costituzionale il principio di legalità dei reati e delle pene nel suo duplice profilo della riserva di legge e dell’irretroattività delle norme penali. Infatti è proprio quella penale l’unica e terribile sanzione idonea, direttamente o indirettamente – attraverso il meccanismo di conversione della pena pecuniaria¹ – ad incidere sulla libertà personale, essendo il diritto penale il settore dell’ordinamento giuridico statale che disciplina i fatti tendenzialmente caratterizzati dalla maggiore gravità e, per questo, sanzionati con le misure più invasive degli ambiti di libertà della persona²: nel diritto penale si ha la tutela di beni giuridici attraverso la limitazione di beni giuridici³.

La riserva in materia penale è dunque il completamento della riserva di legge di cui all’art. 13, disciplinando quest’ultimo i procedimenti volti a restringere la libertà personale e l’art. 25, comma 2, i provvedimenti sanzionatori attraverso i quali la si può colpire. Sia i

Saggio proposto dal prof. Luigi D’Andrea

¹ La sanzione penale incide sempre, almeno potenzialmente, sulla libertà personale, anche quando si presenta come sanzione pecuniaria (multa o ammenda) poiché, in caso di insolvenza del condannato, opera l’istituto della conversione. Fino al 1979 ex art. 136 c.p. la conversione operava automaticamente: “Le pene della multa o dell’ammenda non eseguite per insolvibilità del condannato si convertono rispettivamente nella reclusione per non oltre tre anni e nell’arresto per non oltre due anni. Il condannato può sempre far cessare la pena sostitutiva pagando la multa o l’ammenda”. Nel 1979 la Corte costituzionale (sent. n. 131 del 1979, in www.giurcost.org) dichiara illegittimo il meccanismo automatico di conversione, ritenendo che questo portasse ad un trattamento differente in base alle “condizioni personali e sociali” che, a norma dell’art. 3, comma 1, Cost. non possono costituire ragione di discriminazione fra i cittadini. Insomma, chi poteva pagare non andava in carcere, gli indigenti sì. Dal 1979 al 1981, non operando più la conversione, nel caso di mancato pagamento comunque non si va incontro a nessuna sanzione: come avviene oggi in caso di sanzioni amministrative pecuniarie. Non essendo, chiaramente, sostenibile tale stato di cose, nel 1981 viene introdotto un nuovo meccanismo che prevede una prima conversione non nella pena restrittiva della libertà personale – cioè nella pena detentiva – ma nella libertà controllata o, con il consenso del condannato, nella prestazione di lavoro non retribuito a favore della collettività. Solo nel caso in cui, dopo la prima conversione, il condannato non adempia agli obblighi derivanti dalla libertà controllata o dalla misura che prevede la prestazione di lavoro, avverrà la seconda conversione in pena detentiva. Sul punto vedi I. CARACCIOLI, *L’orientamento della Corte costituzionale sulla conversione della pena*, in AA.VV., *Scritti su «la giustizia costituzionale» in onore di Vezio Crisafulli*, Cedam, Padova, 1985, p. 98.

² G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 209.

³ F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, tr. it., Giuffrè, Milano, 1962, p. 46.

procedimenti di cui all'art. 13 che i provvedimenti previsti dall'art. 25, comma 2, devono essere sottratti alle scelte degli organi di *legis executio* e la legge che intenderà la riserva limitandosi a dare autorizzazione a quegli organi affinché, una volta autorizzati, compiano autonome scelte di politica criminale, sarà illegittima⁴.

Sin dai primi anni della Repubblica si ritiene che la garanzia dei sommi beni della libertà personale e della dignità sia *in re ipsa*, nella natura della fonte, nella miope fiducia che la legge non possa assumere contenuti arbitrari o liberticidi. Eppure, il fatto che la limitazione della libertà personale avvenga tramite l'atto del Parlamento fornisce solo una garanzia procedimentale, ma non necessariamente contenutistica⁵.

Questo approdo interpretativo si rivela perciò insufficiente e, presto, ci si accinge ad una esegesi più attenta, mettendo a fuoco l'intera disciplina costituzionale dedicata alla materia e, soprattutto, mettendone in connessione le singole parti. Ci si inizia a chiedere se la legge possa prevedere qualunque fatto come reato e se possa poi punirlo con qualunque pena, se quindi la discrezionalità del legislatore in materia di reati e pene sia assoluta o, viceversa, questi sia invece vincolato da principi costituzionali fino a quel momento rimasti in ombra. Si ripropone così, dalla prospettiva del diritto penale, la *vexata quaestio* relativa al vincolo che deriva dalla Costituzione, se unicamente negativo o anche positivo, e, ammettendo che un vincolo positivo ci sia, sull'eventuale sua intensità⁶.

2. La Costituzione come vincolo per il legislatore... anche per quello penale

Già la configurazione della libertà personale come "inviolabile" induce ad immaginare un legislatore non del tutto libero nel sacrificare questo fondamentale bene. Il nostro ordinamento costituzionale conosce infatti una serie di principi che vincolano la potestà legislativa ordinaria in materia penale, sia sotto il profilo della fattispecie che sotto il profilo delle conseguenze giuridico-penali.

Sono i principi di materialità, offensività e personalità della responsabilità penale, insieme alla proporzionalità ed al finalismo rieducativo che devono, una volta individuato il fatto lesivo del bene giuridico ed il suo autore, guidare il legislatore nella scelta delle sanzioni. Ed i vincoli non sono, ovviamente, solo quelli dati dai principi immanenti al diritto penale, poiché questo ramo del diritto non è un *hortus conclusus* ed il legislatore, nel decidere quale comportamento punire e come punirlo, non può essere esonerato dall'osservanza dell'intera Carta e dal dovere di individuare un ragionevole equilibrio fra istanze costituzionali contrapposte⁷; non può, in sostanza, creare un prodotto che non sia in armonia con la tavola di valori espressa nella Costituzione.

Nel momento in cui decide se punire un determinato comportamento, il legislatore deve compiere scelte di politica criminale bilanciando tutti gli interessi coinvolti. Deve quindi contemperare la tutela della libertà, dell'onore e della dignità personale con

⁴ G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 266.

⁵ F. PALAZZO, voce *Legge Penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, UTET, Torino, 1993, p. 344.

⁶ "A seconda della risposta data al quesito" sulla portata del vincolo sulla normazione penale discendente dalla Costituzione, se negativo o positivo, "risulterà ora più ed ora meno largo il campo rimesso al sindacato della Corte sulle norme penali, segnatamente sotto la forma del giudizio di ragionevolezza, in una delle sue più significative espressioni, quale congruità della norma al fine o – il che è praticamente lo stesso – quale coerenza della norma stessa rispetto alla funzione sua propria. La Corte non cela un qualche disagio nell'affrontare di petto, una volta per tutte, la cruciale questione ora accennata. La circostanza, diffusamente rilevata, per cui appare tendenzialmente cauta, talvolta – diciamo pure – fin troppo cauta, restia a spingere in fondo la lama del coltello fino a colpire al cuore la disciplina penale *sub iudice*, non appare essere teoricamente risolutiva, indicativa cioè di una chiara, univoca presa di posizione sul punto" (A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in AA.VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario di studio del Gruppo di Pisa. Udine 7 novembre 2008, a cura di E. D'Orlando - L. Montanari, Giappichelli, Torino, 2009, p. XII).

⁷ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 98.

l'esigenza di tutelare altri beni ritenuti meritevoli, da una lesione o, almeno, da una seria esposizione al pericolo; nel momento in cui decide come e quanto punire, deve avere come riferimento i principi di proporzione e di rieducazione del condannato.

Spingendosi ancora oltre nel sondare la pregnanza di questi vincoli, si percepisce che il legislatore non possa neanche, pur creando una norma incriminatrice pienamente coerente con i principi del diritto penale – quindi incriminando una condotta lesiva di un bene avvertito come meritevole nel contesto sociale di riferimento, e prevedendo una sanzione proporzionata ed orientata alla rieducazione di chi ha commesso il fatto – ledere altri principi fondamentali. Una siffatta norma incriminatrice sarebbe, infatti, forse coerente con i principi intrinseci del diritto penale, ma non con la Carta repubblicana nel suo insieme.

Limiti invalicabili sono quindi contenuti nella Costituzione, anche se in maniera non sempre palese. Limiti che il legislatore deve rispettare nel momento in cui decide se punire, come punire e quanto punire: non esiste una discrezionalità assoluta.

La dottrina, pur non trascurando altri aspetti come le esigenze di certezza che vengono soddisfatte dalla legge formale più che da fonti diverse, è però ancora quasi unanime nel ritenere che l'esclusiva *ratio* sottesa all'attribuzione alle Camere della potestà normativa penale risieda nel fatto che il Parlamento, eletto a suffragio universale, rispecchi la volontà dell'intero popolo, dando voce, nell'*iter* di formazione delle leggi, alla maggioranza così come all'opposizione e garantendo in tal modo i consociati rispetto a possibili abusi che potrebbero essere perpetrati, a loro danno, dal potere esecutivo⁸. Sicuramente la riserva di legge garantisce il monitoraggio dell'opinione pubblica nell'*iter* di formazione della legge, poiché la sede parlamentare è pubblica per definizione. Inoltre, ed è questo il punto che pare essere il più condiviso, la sede parlamentare è il luogo in cui le minoranze possono controllare ed incidere sulla formazione del prodotto legislativo. Ancora, e questo invece è, forse, l'aspetto più rimasto in ombra, la natura legislativa dell'atto ne consente il controllo da parte della Corte costituzionale, qualora venga sollevata questione di legittimità attraverso le vie del giudizio incidentale di costituzionalità.

Mentre i primi due controlli (monitoraggio dell'opinione pubblica e controllo da parte delle minoranze parlamentari) garantiti dalla riserva di legge tendono ad evitare che il principio democratico si risolva nel principio di maggioranza, il controllo di costituzionalità mira ad assicurare che il contenuto della legge rimanga entro i confini segnati dalla Costituzione, che non sia costituzionalmente illegittimo pur rispecchiando una volontà democratica, essendo la legge penale stata approvata nel pieno rispetto delle procedure, magari senza contrasti... magari all'unanimità⁹!

È lecito pensare che quanto detto sia scontato, addirittura banale. Senza ombra di dubbio il profilo da ultimo descritto altro non è che il compito della Corte costituzionale in ogni branca del diritto. Ma proprio nel campo penale la Corte costituzionale si è da sempre, pur con qualche sporadica apertura, dimostrata prudente, a tratti restia se non timorosa di invadere un campo riservato, per definizione, alla discrezionalità del legislatore¹⁰; e ciò è dimostrato dal fatto che nel grande quadro della giurisprudenza costituzionale il diritto penale sostanziale non occupa, numericamente, uno spazio cospicuo¹¹.

⁸ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 9.

⁹ La riserva di legge in materia penale, oltre a dare garanzie di controllo diretto dei cittadini e delle minoranze sulla formazione della legge penale, oltre a garantire il più vasto e penetrante controllo da parte della Corte costituzionale, ha anche altre motivazioni. Infatti con la norma penale si tenta di orientare il comportamento dei consociati verso il rispetto di determinati beni, ritenuti rilevanti a tal punto da aver spinto il Parlamento a prevedere la restrizione della libertà personale come conseguenza della loro lesione o messa in pericolo. Attribuendo al diritto penale anche questa funzione, "la fonte legislativa appare la più idonea, non foss'altro per la maggiore pubblicità, sinteticità e comprensibilità che dovrebbero assisterla, ad assolvere questo compito di orientamento socio-culturale." (F. PALAZZO, voce *Legge Penale*, cit., p. 344).

¹⁰ A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, cit., p. XIII.

¹¹ G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 3.

La Corte costituzionale in rare occasioni ha individuato vincoli per il legislatore che “non è arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l’ambito del penalmente rilevante”¹². In svariate decisioni, ha però ribadito l’idea secondo cui il legislatore non incontri vincoli nella scelta dei beni da tutelare penalmente¹³ e, non essendo vincolato “al perseguimento di specifici interessi”¹⁴, abbia “ampia discrezionalità... nella configurazione delle fattispecie criminose”¹⁵.

Ma, soprattutto, la Corte ha ripetutamente affermato di non poter sindacare la legittimità costituzionale di norme incriminatrici quando, dall’accoglimento delle eccezioni di costituzionalità, possa derivare l’ampliamento di fatti penalmente rilevanti o l’inasprimento del trattamento sanzionatorio. Così come ha ritenuto di non poter far rivivere una norma incriminatrice abrogata, non potendosi spingere fino a sindacare la legittimità costituzionale delle scelte politico-criminali compiute dallo stesso legislatore¹⁶.

¹² C. cost., sent. n. 409 del 1989, punto 4 del cons. in dir., in www.giurcost.org.

¹³ A. BONOMI, *La discrezionalità assoluta del legislatore*, in AA.VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 118.

¹⁴ C. cost., sent. n. 71 del 1978, punto 2 del cons. in dir., in *Giur. cost.*, 1978, p. 602.

¹⁵ C. cost., sent. n. 225 del 2008, punto 3 del cons. in dir., in *Giur. cost.*, 2008, p. 2534.

¹⁶ L’economia del presente lavoro non consente di soffermarsi sull’orientamento tenuto in passato dalla Consulta in ordine al difetto di rilevanza delle questioni sollevate su norme penali, *lato sensu*, di favore. La Corte costituzionale, per molti anni, si è infatti mostrata restia ad entrare nel merito di siffatte questioni di costituzionalità, dichiarandone l’inammissibilità per irrilevanza in base alla considerazione che il principio costituzionale di irretroattività della norma penale più sfavorevole avrebbe impedito comunque al giudice di applicare nel processo *a quo* l’eventuale sentenza di accoglimento e gli avrebbe imposto di decidere il caso secondo la normativa precedente pur dichiarata illegittima (cfr. C. cost., sent. n. 62 del 1969, in *Giur. cost.* 1969, p. 1000; C. cost., sent. n. 26 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, p.111; C. cost., sent. n. 91 del 1979, in *Giur. cost.*, 1979, p. 678). Sinteticamente ci si permette di ricordare come, con la sentenza n. 108 del 1981, riguardante l’aborto, la Corte la abbia mutato tale orientamento scindendo l’ammissibilità del sindacato su norme penali e la loro modifica *in malam partem*. Nell’ordinanza di rimessione era stato chiesto al Giudice delle leggi di dichiarare incostituzionale la legge depenalizzatrice n. 194 del 1978, ripristinando la situazione preesistente che puniva l’aborto. La Corte, inaspettatamente, non parla di irrilevanza della questione – facendo leva sulla irretroattività di un’eventuale pronuncia di accoglimento – ma sceglie come fondamento dell’inammissibilità una ragione sostanziale e non più processuale, concludendo per l’inammissibilità in forza del fatto che la creazione di reati e pene spetta al solo legislatore. La decisione in parola segna l’abbandono della tradizionale argomentazione, giungendo all’inammissibilità per il diverso rilievo che un eventuale accoglimento si tradurrebbe nella produzione di una nuova norma da parte della Corte invece che del legislatore, con conseguente violazione del principio di legalità consacrato nell’art. 25, comma 2. (M. BRANCA, *Dall’irrilevanza al rifiuto della sentenza-legge*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 914.) La nuova prospettiva adottata dalla Consulta risulta ancora più evidente nella giurisprudenza successiva, dove non si fa più nessun riferimento al principio di irretroattività ma unicamente al principio di legalità ed in particolare alla riserva di legge. Nella storica sentenza n. 148 del 1983 la Corte, nel sancire il suo definitivo abbandono dell’orientamento incentrato sul principio di irretroattività, muove da una premessa di grande importanza in ordine all’ambito del controllo incidentale di legittimità: non possono esserci “zone franche” all’interno delle quali la legislazione ordinaria diventerebbe incontrollabile. La Corte ritiene, dunque, di dover riconsiderare il problema, da un lato, escludendo in ogni caso che un soggetto possa venire condannato in forza di una sentenza della Consulta per un fatto non punibile secondo la legge del tempo in cui fu commesso, dal momento che è un “fondamentale principio di civiltà giuridica” ad esigere l’irretroattività dei reati e delle pene; dall’altro, ritenendo che, nonostante “la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l’efficacia spettante alle dichiarazioni d’illegittimità delle norme penali di favore”, non possano essere posti limiti al “sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione”. L’irrilevanza, alla quale tante volte si era fatto riferimento non entrando neanche nel merito della questione sulle norme penali di favore, non solo rischia di creare zone sottratte al controllo della Corte, ma è un falso problema poiché “indipendentemente dalla sorte degli imputati, è indubbio che nella prospettiva del giudice *a quo*, cioè del promotore degli incidenti in questione, anche le pronunce concernenti la legittimità delle norme penali di favore influiscano o possano influire sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale. In primo luogo, l’eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali: i quali dovrebbero impernarsi, per effetto della pronuncia emessa dalla Corte, sul primo comma dell’art. 2 c. p. (sorretto dal secondo comma dell’art. 25 Cost.) e non sulla sola

La Corte continua ad evitare di intervenire qualora dalla sua pronuncia di accoglimento o dall'eventuale manipolazione di un testo legislativo possa derivare un trattamento *quodammodo* sfavorevole per il reo¹⁷.

Con questo atteggiamento di *self-restraint* adottato dal giudice delle leggi ed avallato dalla dottrina, sono state create, e continuano ad essere mantenute, pericolose zone "d'ombra" – o, addirittura, zone "franche"¹⁸ della giustizia costituzionale – che aprono le porte a facili violazioni della Carta, rendendo il legislatore penale soggetto a regole poco stringenti nell'incriminare e, addirittura, *Constitutioni solutus* quando stabilisce una disciplina più favorevole. Sarebbe invece più saggio, pertanto auspicabile, trovare un punto di equilibrio tra principio di riserva di legge e necessaria conformità delle scelte del legislatore penale – sia in *bonam* che in *malam partem* – rispetto ai principi costituzionali.

3. La ritenuta inammissibilità delle sentenze manipolative in materia penale... ed una "nota stonata": la sentenza n. 440 del 1995

Nella materia penale sono quindi state precluse alla Corte (anzi, essa stessa si è preclusa) sia le sentenze cd. additive sia quelle cd. riduttive che possano produrre effetti *in malam partem*¹⁹, mentre in vari casi sono state adottate manipolative testuali che però hanno sortito effetti a favore del reo, delimitando l'area della punibilità, avendo la Consulta ritenuto che, così operando, non venisse violato il principio di legalità²⁰. Tali interventi manipolativi sono stati attuati poiché, come è tristemente noto, davanti alla Corte sono passate negli anni leggi – non solo penali – ispirate a valori antitetici rispetto a quelli contenuti nella Costituzione, leggi che con le loro omissioni producevano norme che creavano vuoti di tutela per intere categorie di cittadini, che ne limitavano le libertà.

L'esperienza ha probabilmente fatto apparire gli strumenti tradizionali della Corte troppo limitati e limitanti nel momento in cui essa li ha dovuti utilizzare nel mondo reale, che è un mondo di norme spesso assai lontane dal "dover essere costituzionale". Così, essendo la nostra Carta repubblicana "un atto normativo integralmente e direttamente obbligante", la Corte non ha potuto non trovare una soluzione ai rimedi per far fronte anche alle omissioni del legislatore²¹.

La Corte, davanti a disposizioni nelle quali, accanto a "contenuti normativi necessari", che attuavano la Costituzione, erano presenti anche "contenuti normativi mancanti", ha preso consapevolezza del fatto che usando gli strumenti tradizionali sarebbe venuta meno "al divieto, squisitamente giurisdizionale, di denegare giustizia... la particolare giustizia affidata dall'ordinamento alla Corte: quella costituzionale"²². Per evitarlo ha creato nuovi strumenti e li ha utilizzati – sebbene con molta prudenza – anche in campo penale, spingendosi anche a constatare l'illegittimità costituzionale dei silenzi del

disposizione annullata dalla Corte stessa. [...] In secondo luogo, le norme penali di favore fanno anch'esse parte del sistema, al pari di qualunque altra norma costitutiva dell'ordinamento. Ma lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento di norme del genere, non è un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto, salve le implicazioni ricavabili dal principio d'irretroattività dei reati e delle pene; sicché, per questa parte, va confermato che si tratta di un problema (ovvero di una somma di problemi) inerente all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno dunque affrontare caso per caso, nell'ambito delle rispettive competenze. In terzo luogo, la tesi che le questioni di legittimità costituzionale concernenti norme penali di favore non siano mai pregiudiziali ai fini del giudizio *a quo*, muove da una visione troppo semplificante delle pronunce che questa Corte potrebbe adottare, una volta affrontato il merito di tali impugnative. La tesi stessa considera, cioè, la sola alternativa esistente fra una decisione di accoglimento, nei termini indicati dall'ordinanza di rimessione, ed una decisione di rigetto, pronunciata sulla base dell'interpretazione fatta propria dal giudice *a quo*. Ma questa Corte non è vincolata in assoluto dalle opzioni interpretative del giudice che promuove l'incidente di costituzionalità. In altre parole, non può escludersi a priori che il giudizio della Corte su una norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione: donde una serie di decisioni certamente suscettibili d'influire sugli esiti del giudizio penale pendente." (C. cost., sent. n. 148 del 1983, punto 3 del cons. in dir., in *Giur. cost.*, 1983, p. 486).

legislatore ed a riempire quei silenzi con parole che sono “in rima” con la Costituzione perché la attuano, cercano di farla vivere nelle regole che disciplinano (imponendo obblighi, concedendo spazi di libertà...) la vita dei consociati. La Corte ha proceduto così nel suo lento ma insostituibile compito di adeguamento della legislazione ai valori della Carta repubblicana utilizzando “potenzialità legislative e giurisdizionali”²³, ma a tale compito si è sottratta nel momento in cui dal suo operato sarebbero potuti scaturire effetti *contra reum*.

A fronte delle molte decisioni coerenti con il granitico orientamento che nega l'ammissibilità di sentenze manipolative del testo con effetti *in malam partem*²⁴, l'unica sentenza con cui è stato modificato il testo di una fattispecie incriminatrice ampliandola, e quindi peggiorando la posizione del consociato, che ha visto aumentare il numero dei

¹⁷ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 83.

¹⁸ “[...] l'impiego del termine “zone d'ombra” allarga notevolmente il tema delle “zone franche” dal controllo di costituzionalità. Con questo secondo termine, infatti, si era spesso indicato in passato un obiettivo ben preciso, cioè l'individuazione di quel complesso di questioni, potenzialmente suscettibili di costituire oggetto di tale controllo, ma sulle quali la delimitazione dei compiti assegnati alla Corte dalla Costituzione, quali precisati dalle leggi attuative e dalla giurisprudenza sviluppatasi dal 1956 in poi (oltre che da quella sorta di giurisprudenza in veste legislativa, ovvero di legislazione a base giurisprudenziale, che è costituita dalle norme integrative che la Corte si è data su basi teoriche che la dottrina ha faticato non poco a mettere a fuoco), non le consentivano di pronunciarsi. L'uso del termine “zone d'ombra”, sfumando notevolmente i confini della categoria presa in esame, allarga considerevolmente il tema e lo estende – come si esprime Onida – “anche ai casi in cui il giudizio della Corte ha ugualmente modo di spiegarsi, pur lasciando per l'uno o l'altro aspetto comunque insoddisfatte o, come che sia, non pienamente appagate talune aspettative di giustizia costituzionale (per una loro densa, esigente accezione)” (A. PIZZORUSSO, “Zone d'ombra” e “Zone franche” della giustizia costituzionale italiana, in www.giurcost.org).

¹⁹ Il problema delle sentenze manipolative non riguarda tanto le cd. additive, come spesso si crede, ma può riguardare anche le riduttive, dal momento che il *discrimen* tra quanto si ritiene consentito e quanto precluso dall'art. 25 Cost. è tracciato dagli effetti che concretamente vengono prodotti dalla pronuncia della Consulta. Infatti, talvolta può accadere che, “per un curioso paradosso lessicale, la sentenza riduttiva... determini l'ampliamento della fattispecie incriminatrice e quindi un peggioramento della posizione del cittadino di fronte al magistero punitivo. Al contrario la sentenza additiva, in quanto introduce ulteriori requisiti di fattispecie, restringe i confini del comportamento vietato e si risolve dunque in un vantaggio per i consociati” (G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 255).

²⁰ Buona parte della dottrina, in ossequio ad una visione napoleonica del principio di legalità, ritiene invece che, a prescindere dagli effetti sugli ambiti di libertà dei consociati, la Corte non possa in nessun caso modificare la fattispecie incriminatrice. “A fronte dell'inammissibilità di decisioni additive *in malam partem*, la Corte Costituzionale ha invece adottato in vari casi decisioni manipolative, modificative della fattispecie penale ma riduttive dello spazio di punibilità”. L'Autrice non condivide l'approccio della Corte al problema, poiché non basta, a suo parere, ridurre lo spazio di punibilità per ritenere rispettato il principio di legalità, in quanto “dalle operazioni di dettaglio e di aggiustamento della Corte nascono norme nuove [...] è del tutto evidente che una scelta sull'*an*, sul *quid* e sul *quomodo* della punibilità, lesiva dell'art. 25 se fatta dalla Corte, avviene anche con decisioni di questo tipo, apparentemente riduttive ma in realtà modificative della fattispecie penale” (M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in AA.VV., *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2005, p. 15).

²¹ “La Costituzione rigida carica di principi da attuare rompe definitivamente il cerchio chiuso della dottrina liberale della completezza dell'ordinamento giuridico, basata sulla norma di chiusura che rende irrilevanti per il diritto tutte le fattispecie non regolate. La struttura aperta delle formulazioni costituzionali «di valore» non consente più di tracciare una linea netta tra giuridico e metagiuridico e rovescia sulle spalle del giurista, ed ancora più del giudice, il peso della responsabilità di dare applicazione a quelle norme costituzionali, trascurate dal legislatore, che impongono la trasformazione dell'esistente” (G. SILVESTRI, *Le garanzie della Repubblica*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 120).

²² “La parte che aveva sollevato la questione ed il giudice che l'aveva ritenuta rilevante e non manifestamente infondata avevano a che fare con un problema pratico, di affermazione della Costituzione in un rapporto concreto. La Corte, dopo aver accertato che effettivamente in quel rapporto, per effetto di una disposizione lacunosa, non integrabile con gli ordinari mezzi ermeneutici del giudice (interpretazione estensiva, analogia *legis* o *iuris*), sarebbe stato violato un diritto o un principio costituzionale, preso atto che i suoi poteri erano solo quelli di far cadere il testo o parte di esso, avrebbe dovuto, in una logica di stretta aderenza al suo ruolo di «legislatore negativo», trarsi in disparte. [...] Paradossalmente il rigoroso rispetto di una norma costituzionale avrebbe portato ad una larga ineffettività

comportamenti penalmente rilevanti, sembra essere stata la, ormai famosa, sentenza n. 440 del 1995²⁵, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 724, comma 1, c.p. (che contemplava l'ora depenalizzato reato di bestemmia, punendo a titolo contravvenzionale la condotta di chi "pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato") limitatamente alle parole "o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato".

È, però, da dire che la Corte, più di vent'anni prima della storica presa di posizione a tutela dell'eguale libertà di tutte le confessione religiose e di tutti i credenti, cioè già nel 1973, essendo stata investita della questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 724 c.p., avesse invitato il legislatore ad intervenire per eliminare le differenze di tutela fra gli appartenenti alle diverse fedi religiose, pur dichiarando infondata la questione²⁶. E che lo stesso invito fosse stato reiterato nel 1988 quando la Corte ebbe per l'ennesima volta l'occasione di pronunciarsi sullo stesso articolo del Codice penale²⁷.

Nel 1995, alla luce della nuova lettura degli articoli della Costituzione dedicati al fenomeno religioso²⁸, non ritenendo più tollerabile il perpetuarsi della discriminazione realizzata dalla normativa penale sulla bestemmia, ed essendo evidente il disinteresse del legislatore a provvedere, la Corte, avendo ancora l'occasione di pronunciarsi sull'art. 724 c.p., ha adottato una decisione differente dalle precedenti, manipolando la disposizione ed eliminandone la parte che rendeva la normativa da essa espressa apertamente incostituzionale. Per ottenere questo risultato ha scisso la disposizione in due parti, circoscrivendo la dichiarazione di illegittimità costituzionale solo a quella effettivamente comportante una lesione di principi costituzionali, ovvero quella che considera la bestemmia contro i "Simboli e le Persone", facendo riferimento esclusivo alla religione cattolica, con conseguente violazione del principio di uguaglianza sia dei singoli che delle confessioni religiose.

Quest'ultima parte non poteva che andare incontro, a dire della Corte, ad una dichiarazione di incostituzionalità "per difetto di generalità", mantenendo invece ferma la prima parte, che, con il riferimento alla bestemmia depurato dal riferimento ad una sola confessione, non si mostrava più in contrasto con i principi costituzionali, tutelando in modo non discriminatorio un bene che è comune a tutte le religioni presenti in una comunità in cui si trovano a convivere tradizioni, culture e visioni del mondo diverse. La Corte ha così, togliendo un frammento del testo all'art.724 c.p., posto fine ad una violazione della Carta costituzionale che, per troppo tempo, quasi cinquanta anni, si era perpetuata nel disinteresse del legislatore.

4. Un comportamento poco "ortodosso": la Corte manipola il testo... ed il bene giuridico. Ma le manipolative in malam partem sono davvero sempre illegittime?

Con la pronuncia sull'art. 724 c.p. è chiaro come la Corte abbia ampliato l'area della punibilità dal momento che, in seguito all'eliminazione del frammento normativo, penalmente rilevante diventa non solo il comportamento di chi utilizzi espressioni (verbali, scritte o gestuali che siano) ingiuriose nei confronti della Divinità venerata dai cattolici – cioè dagli appartenenti a quella ancora definita dall'art. 724 "la religione dello Stato" – ma anche il comportamento di chi adoperi le medesime espressioni per offendere ogni altra divinità venerata dagli appartenenti a qualsivoglia fede religiosa²⁹.

Questa sentenza ha agitato acque che erano calme da anni, e la dottrina non ha perso l'occasione per sottolineare come la Corte con questa decisione si fosse posta in contrasto con il principio di legalità in materia penale che riserva solo al legislatore il

di altre norme costituzionali in una miriade di rapporti giuridici" (G. SILVESTRI, *Le garanzie*, cit., p. 123).

²³ "[la Corte costituzionale] è giudice perché deve rispondere alla domanda di giustizia costituzionale reclamata dal caso concreto al quale non può e non deve essere applicata una norma incostituzionale; è legislatore perché può emettere sentenze normative" (G. SILVESTRI, *Le garanzie*, cit., p. 125).

compito di creare reati e pene.

È stato sottolineato, analizzando i passaggi con cui i giudici della Consulta avevano motivato la decisione, come nella ricostruzione fatta del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, con un'operazione poco ortodossa, la Corte avesse mutato il bene giuridico tutelato: non più il sentimento religioso collettivo ma quello individuale. Anzi, per l'esattezza, ripercorrendo le sentenze con cui la Corte si è pronunciata sul medesimo articolo, viene evidenziato come il bene giuridico tutelato sia più volte mutato nel tempo secondo l'interpretazione dei giudici costituzionali: prima il "sentimento religioso collettivo" (1973), poi il "buon costume" (1988), infine, nella sentenza in commento del 1995, "la coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede", *id est* "il sentimento religioso individuale".

²⁴ Possono essere ricordate, a titolo esemplificativo, alcune di queste pronunce: la sentenza n. 42 del 1977, la sentenza n. 411 del 1995 o la n. 108 del 1974. Nella più risalente fra le richiamate decisioni era stata sollevata questione di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 3 Cost., sugli articoli della legge n. 47 del 1948 nella parte in cui non si prevedevano le medesime sanzioni comminate per il reato di diffamazione a mezzo stampa (più gravi rispetto a quelle previste dalla disciplina comune sulla diffamazione) anche per il medesimo reato commesso tramite notizie diffuse dal telegiornale. La Corte ritiene inammissibile la questione, dal momento che – avendole il giudice *a quo* domandato di "sottrarre dalla disciplina comune della diffamazione la diffamazione commessa attraverso la diffusione radiotelevisiva delle informazioni, per comprenderla nella regolamentazione della diffamazione a mezzo stampa" – le è stato chiesto un intervento additivo che comporterebbe degli aggravati di pena. Una simile scelta, "eminente politica", è riservata al solo legislatore. La Corte, quindi "pur augurando che il legislatore provveda sollecitamente a colmare nella sua discrezionalità le lacune eventualmente esistenti, non può sostituirsi ad esso." (C. cost., sent. n. 42 del 1977, punto 4 del cons. in dir., in www.giurcost.org). La seconda e più recente questione riguarda invece la disciplina sul maltrattamento e l'uccisione degli animali. Oggetto del giudizio di legittimità costituzionale era l'art. 727 c.p. nella parte in cui tale norma non assoggettava a sanzione penale l'uccisore dell'animale di sua proprietà (il proprietario poteva essere punito solo nel caso in cui l'uccisione fosse avvenuta con particolari modalità di condotta, cioè utilizzando crudeltà e sevizie). Era stata sollevata questione di legittimità con riferimento agli artt. 3 e 10 della Costituzione: infatti, in relazione all'art. 3, secondo il rimettente, l'omissione denunciata avrebbe creato una non giustificata disparità di trattamento nei confronti di coloro che venivano sottoposti a sanzione penale per aver adoperato sevizie e maltrattamenti nei confronti degli animali, quindi, per aver posto in essere una condotta meno grave; sotto il profilo dell'art. 10, invece, l'omissione denunciata sarebbe stata in contrasto con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia in materia di tutela degli animali domestici. La Corte ritiene inammissibile la questione, essendole stato chiesto di introdurre nell'ordinamento penale una nuova norma diretta ad assoggettare a sanzione penale l'uccisione immotivata dell'animale (anche non accompagnata dalle riprovevoli modalità di condotta descritte dalla norma incriminatrice) da parte del proprietario dello stesso, quindi una sentenza additiva, che avrebbe portato all'inserimento, nell'impugnato art. 727 c.p., dell'incriminazione della condotta posta in essere da colui che provoca la morte di un animale di sua proprietà. Le era stato dunque chiesto un intervento non rientrante fra i suoi poteri, dal momento che "al giudice costituzionale non è dato di pronunciare una decisione dalla quale possa derivare la creazione – esclusivamente riservata al legislatore – di una nuova fattispecie penale: e ciò in forza del principio di legalità sancito dall'art. 25, comma 2, della Costituzione". (C. cost., sent. n. 411 del 1995, punto 2 del cons. in dir., in *Giur. cost.*, 1995, p. 2947). Per entrambe le sentenze da ultimo richiamate vedi V. ONIDA – M. D'AMICO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 286. Per dare un quadro (si auspica) un po' più chiaro della giurisprudenza costituzionale sul punto, devono essere ricordati anche casi nei quali, invece, le sentenze additive in materia penale – pur criticate da buona parte della dottrina – sono state ammesse. Ma sempre a favore del reo, quindi sempre con il risultato di far diventare penalmente irrilevanti comportamenti che non lo erano sotto la vigenza della norma incriminatrice impugnata. Fra questi può essere ricordata la sentenza n. 108 del 1974 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 415 c.p. – rispetto al quale, all'entrata in vigore della Costituzione era stato immediatamente avvertito il contrasto con i nuovi principi costituzionali, tanto che parte della dottrina aveva sostenuto che l'articolo in parola dovesse intendersi tacitamente abrogato – "nella parte in cui non specifica che l'istigazione all'odio tra le classi sociali deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità". L'art. 415 c.p. che, nella sua originaria formulazione, puniva chiunque "pubblicamente" istigasse "alla disobbedienza delle leggi di ordine pubblico, ovvero all'odio fra le classi sociali", nella sua indeterminatezza, si poneva in netto contrasto con l'art. 21 Cost., essendo carente di una precisazione delle modalità con cui dovesse attuarsi l'istigazione ivi prevista perché questa potesse essere considerata "diversa dalla manifestazione e diffusione della persuasione di ideologie e di dottrine politiche, sociali, filosofiche od economiche e, quindi, penalmente perseguibile senza violare il precetto costituzionale dell'art. 21"(C. cost., sent. n. 108 del 1974, punto 4 del cons. in dir., in www.giucost.org). La

Sostiene autorevole dottrina³⁰ che così facendo la Corte abbia indebitamente occupato lo spazio del legislatore, l'unico che può selezionare i beni giuridici meritevoli di tutela penale. Effettivamente la stessa Corte non si è mai riconosciuta la possibilità di scegliere cosa meritasse la tutela penale e cosa no, ed ha in più occasioni affermato come nel nostro ordinamento non esistano obblighi costituzionali di incriminazione implicita, dichiarando inammissibili questioni di costituzionalità volte ad ampliare norme incriminatrici, al fine di tutelare, spesso, valori fondamentali facenti parte del "nucleo duro" della nostra Costituzione³¹. Se il legislatore sceglie di non usare l'arma penale per tutelare un *quid*, che è magari un bene fondamentale per la nostra comunità riconosciuto tale anche dalla Costituzione (immaginiamo la vita, l'integrità fisica, la salute...), tale scelta non può essere sindacata e la Corte non può, utilizzando sentenze atipiche come le

Corte, con il suo intervento additivo che introduce un requisito di fattispecie prima mancante, riduce l'ambito di applicazione della norma in parola, dal momento che, dopo la pronuncia manipolativa, non sarà più possibile l'incriminazione di chi diffonde le proprie, magari scomode, idee, qualora esse siano prive dell'attitudine a mettere in pericolo la pubblica tranquillità. Sulla sentenza in commento vedi G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 255.

²⁵ C. cost., sent. n. 440 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3473.

²⁶ "La Costituzione, col riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2) e, tra essi, la libertà di religione (artt. 8 e 19), tutela il sentimento religioso e giustifica la sanzione penale delle offese ad esso recate. L'incriminazione della bestemmia, sancita dall'art. 724 c.p., non è pertanto in contrasto con le norme costituzionali, ma anzi trova in esse fondamento. D'altra parte, la limitazione della previsione legislativa alle offese contro la religione cattolica corrisponde alla valutazione fatta dal legislatore dell'ampiezza delle reazioni sociali determinate dalle offese contro il sentimento religioso della maggior parte della popolazione italiana. La norma impugnata, che è compresa nel titolo delle «contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi», non può quindi essere considerata irrazionale e illegittima, indipendentemente dalla posizione attribuita alla Chiesa cattolica negli artt. 7 e 8 Cost.; né il giudizio della Corte può estendersi a sindacare, in base a rilievi quantitativi e statistici o a considerazioni di fatto, l'esattezza di quella valutazione. Tuttavia la Corte ritiene che, per una piena attuazione del principio costituzionale della libertà di religione, il legislatore debba provvedere a una revisione della norma, nel senso di estendere la tutela penale contro le offese del sentimento religioso di individui appartenenti a confessioni diverse da quella cattolica" (C. cost., sent. n. 14 del 1973, punto 2 del cons. in dir., in www.giucost.org).

²⁷ " [...] «la limitazione della previsione legislativa alle offese contro la religione cattolica» non può continuare a giustificarsi con l'appartenenza ad essa della «quasi totalità» dei cittadini italiani e nemmeno con l'esigenza di tutelare il sentimento religioso della «maggior parte della popolazione italiana»: non tanto vi si oppongono ragioni di ordine statistico (comunque sia, la religione cattolica resta la più seguita in Italia), quanto ragioni di ordine normativo. Il superamento della contrapposizione fra la religione cattolica, «sola religione dello Stato», e gli altri culti «ammessi», sancito dal punto 1 del Protocollo del 1984, renderebbe, infatti, ormai inaccettabile ogni tipo di discriminazione che si basasse soltanto sul maggiore o minore numero degli appartenenti alle varie confessioni religiose. Ciò non toglie che la perdurante limitazione insita nel dettato dell'art. 724, primo comma, del codice penale possa trovare tuttora un qualche fondamento nella constatazione, sociologicamente rilevante, che il tipo di comportamento vietato dalla norma impugnata concerne un fenomeno di malcostume divenuto da gran tempo cattiva abitudine per molti, anche se al legislatore incombe l'obbligo di addivenire ad una revisione della fattispecie, così da ovviare alla disparità di disciplina con le altre religioni." (C. cost., sent. n. 925 del 1988, punto 10 del cons. in dir., in www.giurcost.org).

²⁸ Non si può non ricordare, anche brevemente, quanto sia stato difficile rendere la legislazione (non solo) penale del nostro Paese compatibile con i principi costituzionali in materia di libertà religiosa e con il "supremo principio di laicità". La transizione dal sistema confessionista a quello pluralista immaginato dai Costituenti ha incontrato molti ostacoli creati (o anche solo mantenuti) dal legislatore che non si è deciso né ad eliminare le incrostazioni normative discriminatorie, presenti soprattutto nel codice penale, del passato regime né a creare una legge sulla libertà religiosa che prendesse il posto di quella (odiosa anche solo nel nome) sui "culti ammessi" (G. CASUSCELLI, "L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale" in materia di vilipendio della religione, in *Quad. dir. pol. Eccl.*, 2001, p. 1124. Nonostante la palese incompatibilità di molte norme con i principi espressi dalla Costituzione, che disegna una società aperta, democratica e pluralista, queste continuano a resistere nel nostro ordinamento negando ad ogni loro applicazione quelle libertà e quei diritti ad una moltitudine di soggetti ritenuti "diversi", che invece la Carta repubblicana riconosce anche a loro. Per molto tempo non si interviene nel settore nell'attesa che, per naturale evoluzione delle cose, le "foglie secche" cadano da sé (l'espressione virgolettata è tratta da A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 153). È la fine degli anni '80 che vede la Corte costituzionale valorizzare i principi in materia religiosa ed enucleare, inizialmente, dalla loro

manipolative del testo, estendere anche ad esso una tutela penale che il Parlamento non gli ha voluto riconoscere.

Il ragionamento che nega l'esistenza di obblighi costituzionali di incriminazione implicita è senza dubbio fondato nella misura in cui, come si è detto, nell'ambito di un più ampio diritto punitivo quella penale è solo una delle sanzioni che il legislatore ha a disposizione; dunque la tutela penale non è e non deve essere una scelta obbligata... anzi è giusto che sia l'ultima scelta (*l'extrema ratio*), essendo l'unica capace di incidere sulla libertà personale. Anche perché è possibile immaginare che altre sanzioni, unicamente pecuniarie o interdittive, siano più efficaci della sanzione penale, che in tali casi si dimostrerebbe magari proporzionata ma, evidentemente, non necessaria.

Alla luce di queste conclusioni, se davvero c'è stata nelle ripetute letture della Corte una trasformazione del bene giuridico protetto, quindi dando per certo che il legislatore non avesse voluto tutelare con l'arma penale il sentimento religioso individuale, è giusto concordare con la dottrina e ritenere indebito l'operato della Corte.

Certamente la norma era presente e produceva una discriminazione. La Corte non poteva continuare a far finta di niente. La violazione degli artt. 2, 3 comma 1, 8 comma 1, 19 e del supremo principio di laicità erano palesi e non potevano protrarsi ancora a lungo.

Di fronte alle due opzioni che avrebbero portato alla fine dell'inaccettabile

combinazione il principio supremo di laicità, per poi, coerentemente, effettuare un vero e proprio *revirement* nella sua giurisprudenza su quelle norme penali gravide di discriminazioni fra chi credeva nella "religione dello Stato" e chi professava altre religioni. La Corte così, dapprima, abbandona il "criterio quantitativo" con il quale nelle sue iniziali pronunce erano state giustificate le differenze sanzionatorie e la maggior tutela riconosciuta alla religione cattolica per essere stata sia "la prima", ma anche "la più professata" dal popolo italiano e, con il tempo, mostra di ritenere inaccettabile una protezione diversa della coscienza dei consociati in base alla confessione religiosa di appartenenza, finalmente valorizzando l'art. 8, comma 1, della Costituzione.

²⁹ Per essere precisi bisogna dire che la contestuale eliminazione del richiamo ai "Simboli e alle Persone venerati nella religione dello Stato" abbia determinato anche una restrizione della punibilità, non essendo più possibile perseguire penalmente comportamenti che prima della pronuncia in esame erano penalmente sanzionabili. Come si è già detto, però, la Corte costituzionale ha in più occasioni manipolato i testi con effetti *in bonam partem*, ed anche la dottrina, nell'ottica di un *favor libertatis* (se si escludono poche voci isolate ed ancorate ad una lettura molto rigorosa del principio di legalità in materia penale), non ne ha criticato l'operato. Nella sentenza del 1995, quindi, la vera novità è data dalla manipolazione *in malam partem*.

³⁰ M. D' AMICO, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la "Divinità"*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3496; F. RAMACCI, *La bestemmia contro la Divinità: una contravvenzione delittuosa?*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3487.

³¹ Come già detto, il legislatore incontra i vincoli dati dal principio di offensività nello scegliere i beni giuridici da tutelare, così come i vincoli della proporzione e della necessità della tutela. La dottrina si è domandata se la Costituzione oltre a porre dei limiti in negativo (cioè oltre a dire cosa non deve essere incriminato – ad es. un comportamento non offensivo di alcun bene rilevante nel contesto sociale –) abbia posto anche degli obblighi di incriminazione di offese arrecate a determinati beni. Nella Costituzione italiana esiste sicuramente un obbligo esplicito di incriminazione e lo si trova all'art. 13, comma 4, dove si stabilisce che "è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà". Il perché di una simile scelta non può che risiedere nell'esperienza storica: il Costituente memore degli abusi e delle violenze perpetrate dai militari nell'Italia fascista ha deciso di incriminare egli stesso tali fatti, sottraendo la relativa scelta al legislatore ordinario. Nel caso in cui leggi ordinarie che configurino reati in conformità con l'obbligo costituzionale esplicito di incriminazione vengano abrogate (immaginiamo la depenalizzazione del reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti) la Corte dovrebbe dichiarare l'illegittimità della norma di depenalizzazione per contrasto con l'art. 13, comma 4. Non sembrano esistere invece obblighi impliciti posti a tutela anche di beni fondamentali. Per quanto nel testo costituzionale vi siano disposizioni in cui viene genericamente detto di "tutelare", "proteggere", "garantire" questo o quel bene, ciò non vuol dire che la tutela, protezione o garanzia debba avvenire necessariamente tramite la sanzione penale. È il legislatore a dover trovare lo strumento più adeguato alla tutela. Non solo non essendo obbligato ad utilizzare l'arma penale, ma essendo al contrario tenuto a scegliere tale tipo di sanzione solo quando qualunque altra tipologia sanzionatoria appaia inadeguata. Sul punto, fra i tanti Autori, vedi G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 505; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 485.

discriminazione, cioè l'annullamento secco della norma (che avrebbe reso penalmente irrilevante la bestemmia verso ogni divinità) o la sentenza manipolativa (che invece ha reso la bestemmia reato a prescindere dalla divinità cui viene rivolta), la Corte ha scelto quest'ultima via. Ha così eliminato l'irragionevole disparità ma ha anche tutelato con l'arma penale un bene giuridico (tutela del sentimento religioso individuale) che, stando alle scelte del legislatore, non era penalmente tutelato.

Condividendo la tesi per cui non esiste alcun obbligo costituzionale di tutela penale neanche per i beni di rango più elevato, pur esprimendo la nostra Costituzione un *favor* nei confronti del sentimento religioso individuale (bene certamente leso dal comportamento vietato dall'art. 724 c.p.), non deve essere conseguenza automatica che, per evitarne la lesione, si debba ricorrere all'arma penale.

Così la Corte davanti ad una siffatta situazione, piuttosto che mutarne il bene protetto, avrebbe dovuto annullare la norma impugnata in quanto foriera di discriminazioni e prima ancora in quanto posta a protezione di un bene ("il comune sentire religioso") che non può trovare cittadinanza in un ordinamento ispirato ai valori accolti nella nostra Costituzione. Questo bene, che nel passato ordinamento era sicuramente avvertito come meritevole di tutela, collide con le esigenze di una società pluralista che esige il massimo rispetto per la persona umana apprezzata nella ricchezza delle sue diversità, e nella tutela del sentimento religioso potrebbe trovare riconoscimento soltanto in una dimensione individuale. Ma per quanto in tale dimensione possa esservi il riconoscimento, non spetta certo alla Corte dire se debba esserci anche una tutela penale, non essendoci alcun obbligo in tal senso nemmeno per presidiare valori fondamentali.

La Corte si è invece concentrata sull'importanza di un valore, che non era quello protetto dalla norma incriminatrice e per il quale non era stata quindi ritenuta necessaria la tutela penale, ed ha ritenuto di essere obbligata a garantirgli quella tutela penale che non aveva, "ignorando completamente l'alternativa alla dichiarazione di infondatezza «ormai non più ammissibile»: quella di far cadere la punizione penale della bestemmia"³². La Corte, insomma, da sempre restia a sindacare le scelte del legislatore ed ancora di più ad estendere gli ambiti di punibilità, lo ha fatto in una di quelle occasioni nelle quali, effettivamente, non avrebbe potuto.

5. La riserva di legge in materia penale... un principio in odor di tirannide

Quanto appena detto non può però portare a sostenere che le sentenze manipolative *in malam partem* siano sempre e comunque inammissibili.

Non si contano i casi di discriminazioni rese possibili da norme penali di favore che sottraggono irragionevolmente intere categorie all'applicazione di sanzioni penali, e sono tanti anche i casi, speculari, in cui le sanzioni vengono previste soltanto per chi pone in essere determinati comportamenti, non contemplandone o punendone meno severamente e senza giustificazione, altri ben più gravi.

In molti di questi casi la Corte ha faticato e continua a faticare non poco, prima di arrivare alla conclusione di poter sindacare le scelte del legislatore in materia penale *tout court* e, soprattutto, quelle che prevedono una disciplina – anche illegittima – più favorevole, quando, invece, in un ordinamento con una Costituzione rigida, i cui principi sono totalmente e direttamente obbliganti³³, questi devono essere osservati da tutti, dai soggetti pubblici e privati e dal legislatore *in primis*, in ogni ramo del diritto ed anche in quello penale. Se la Carta repubblicana esprime principi come quello di materialità, offensività, personalità della responsabilità penale, necessità, proporzione e finalismo

³² M. D' AMICO, *Una nuova figura di reato*, cit., p. 3497.

³³ "Una costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati" (V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 11).

rieducativo, questi devono osservarsi da chi foggia le disposizioni penali. Così come, nel momento in cui il legislatore penale prende la sua decisione sul *quid*, ritenendo di essere in presenza di un “bene giuridico”, sull’*an*, ritenendo la pena non solo proporzionata ma anche necessaria, nello scegliere il *quomodo* deve guardare a tutti i valori che la nostra Costituzione esprime, cosa che troppe volte, a causa di paraocchi culturali, non avviene.

Qualora il Parlamento, organo al quale spettano le scelte di incriminazione, non rispettasse la Costituzione³⁴, violando, ad esempio – come purtroppo spesso accade – , il principio di uguaglianza o, per restare in tema, il principio di eguale libertà di tutte le confessioni religiose, allora, chiaramente, sarebbe compito della Corte costituzionale intervenire e giudicare tutte le leggi sottoposte alla sua attenzione dai giudici, anche quelle penali, anche quando questo dovesse comportare una pronuncia *in malam partem*.

Date queste premesse discende che nell’eventualità in cui il legislatore dovesse decidere di incriminare nuovamente la bestemmia (dal momento che nel 1999 il reato risultante dalla pronuncia della Corte è stato depenalizzato e trasformato in illecito amministrativo³⁵) al fine di tutelare il sentimento religioso individuale – quindi per tutelare un bene giuridico non solo compatibile con la Costituzione ma per il quale è espresso dalla Carta un *favor* particolare – se nel coniare la nuova disposizione dovesse creare di nuovo una discriminazione fra gli appartenenti alle diverse confessioni religiose – basandosi, ad esempio, su dati quantitativi (tutelando maggiormente la religione in cui la maggioranza degli italiani si riconosce) o storici (tutelando maggiormente la religione che ha contribuito alla formazione della cultura italiana o europea) – non dovrebbe essere precluso alla Corte costituzionale un intervento che, andando a manipolare il testo della disposizione incriminatrice con una sentenza additiva o riduttiva, in base alla forma con cui l’enunciato linguistico si presenta, ne ampliasse la portata normativa fino ad eliminare la discriminazione. Un intervento per riportare quella disposizione ed il contenuto che essa esprime in un orizzonte di compatibilità costituzionale.

Nel caso in cui il nuovo illecito penale – diversamente dal vecchio – fosse conforme ai principi immanenti al diritto penale ma violasse – così come quello vecchio – i principi di cui agli artt. 2, 3, 8, 19 della Costituzione, la Corte non potrebbe certamente ritenere infondata la questione ma potrebbe anche non optare per l’annullamento secco. Potrebbe ancora una volta equiparare la bestemmia contro la Divinità venerata dai cattolici a quella contro ogni altra Divinità per tutelare ancora una volta il sentimento religioso di ogni individuo, a prescindere dalla fede professata, che questa volta sarebbe davvero il bene giuridico per il quale il legislatore non ha trovato altra tutela che quella penale.

Questo modo di ragionare non sembra trovare apprezzamenti in dottrina³⁶. Viene

³⁴ Ritenere che il compito del Parlamento, come quello di tutti gli altri soggetti del sistema, sia solo quello di svolgere le proprie funzioni non violando la Costituzione è comunque estremamente riduttivo. “Ciò che contraddistingue gli ordinamenti contemporanei è l’*immanenza della Costituzione* che si pone da una parte come limite allo stesso potere legislativo e dall’altra come *guide-line* per tutti i poteri dello Stato” così G. SILVESTRI, *I problemi della giustizia italiana fra passato e presente*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 338.

³⁵ D.Lgs 30 dicembre 1999 n. 507.

³⁶ Voci isolate, per quanto autorevoli, hanno ritenuto che la Corte costituzionale potesse adottare sentenze manipolative anche *in malam partem*, qualora questa fosse stata l’unica soluzione costituzionalmente possibile. In tal senso vedi A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 305; F. PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 345. Di recente la tesi secondo cui alla Corte non siano precluse le sentenze manipolative anche *in malam partem* è stata sostenuta, adducendo più di una motivazione, da A. BONOMI, *Zone d’ombra, norme penali di favore e additive in malam partem*, in AA.VV., *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi – P. Costanzo, Giappichelli, Torino, 2007, p.143. L’Autore ritiene che il differente approccio della Corte costituzionale alle questioni riguardanti, da un lato, norme penali di favore e, dall’altro, la manipolazione di una norma incriminatrice in senso stretto non abbia una giustificazione valida. Dal 1983 in poi la Corte ha, infatti, pur non costantemente, ammesso le prime continuando invece a precludersi la possibilità di una manipolazione con effetti sfavorevoli al reo. Tale atteggiamento è stato motivato sostenendo che l’ablazione si limita a “riportare la fattispecie già oggetto di ingiustificato trattamento derogatorio alla norma generale, dettata dallo stesso legislatore”. Così ragionando, non sarebbe la Corte

ritenuto assolutamente impensabile che la Corte possa manipolare il testo di una norma incriminatrice al fine di estendere gli ambiti di punibilità.

Per l'esattezza, se forse quella parte della norma penale che prevede la sanzione non è più "territorio libero per le scorribande politico-criminali del legislatore"³⁷, dal momento che la Corte ha incominciato ad intervenire sulla disciplina delle pene in modo che siano commisurate alla gravità del fatto, anche nell'ottica delle rieducazione del reo, la prima parte della norma incriminatrice, la c.d. protasi, cioè la proposizione condizionante che prevede il fatto come reato sembra dover rimanere intangibile. E su questo assunto praticamente tutta la dottrina è unanime.

Si ritiene, insomma, che il legislatore sia assolutamente libero (in base ai criteri di proporzione e necessità nei quali si riassume la discrezionalità politica in materia penale) di scegliere gli oggetti da tutelare e che la Corte possa intervenire solo qualora vengano violati i principi costituzionali in materia penale che attengono alla fisionomia del fatto di reato (materialità, offensività, personalità).

Certamente, nella rigorosa osservanza della Carta, spetta al legislatore scegliere cosa è meritevole di tutela e cosa no (dopo aver vagliato ogni altro strumento sanzionatorio che l'ordinamento gli mette a disposizione per presidiare un bene

a creare una nuova disciplina, ma si avrebbe soltanto l'espansione automatica della più generale, o la reviviscenza di una norma voluta, però, sempre dal legislatore. Eppure, altre volte, la stessa Corte ha evitato di sindacare norme penali di favore per evitare la produzione di una nuova norma non voluta dal legislatore. Fa notare l'Autore come "tali pronunce siano la migliore comprova del dato di fatto che è obiettivamente difficile distinguere, in pratica, un intervento manipolativo della giustizia costituzionale che estenda la cerchia dei fatti rilevanti o aggravi le relative sanzioni da un intervento che faccia venir meno una scusante o una causa di non punibilità o una disciplina sanzionatoria più favorevole prevista dal legislatore. [...] Una prima soluzione, non sussistendo alcun motivo per il quale la Corte debba continuare a differenziare le due situazioni, potrebbe essere quella per cui le questioni di costituzionalità inerenti tanto l'annullamento di norme di favore quanto la richiesta di intervenire con un'additiva *in malam partem* dovrebbero essere sempre dichiarate inammissibili [...] È evidente che, seguendo questa strada, le uniche speranze di eliminazione di norme sfavorevoli contrarie ai principi costituzionali resterebbero affidate al referendum abrogativo. Una seconda soluzione potrebbe essere quella di eliminare la zona d'ombra creata relativamente alle richieste di additive *in malam partem*" La scelta da ultimo prospettata eviterebbe che "nel caso in cui la Corte si trovasse di fronte ad un'unica, certa soluzione imposta dai principi costituzionali, debba trovarsi costretta a disattendere quell'unica soluzione, facendola cedere davanti ad un diverso disposto legislativo, quasi che la rigidità stessa della Costituzione sia in materia penale disponibile dal legislatore". Lo stesso Autore, in diversa sede (vedi A. BONOMI, *La discrezionalità assoluta del legislatore*, cit., p. 127), adduce altre motivazioni a sostegno dell'ammissibilità di sentenze manipolative *in malam partem*, riconsiderando l'esistenza di obblighi di incriminazione che possano vincolare il legislatore nelle scelte punitive. Obblighi contenuti non nella Costituzione, bensì nei trattati internazionali cui l'Italia ha aderito. Infatti, la mutata formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost. risulta idonea "a mettere profondamente in discussione l'assioma dell'assoluta discrezionalità del legislatore in merito alla descrizione delle fattispecie criminose". Se, infatti, una legge attuasce nel nostro ordinamento un trattato internazionale che punisce una condotta, questa costituirebbe un vero vincolo per l'attività legislativa successiva, "con la conseguenza che la disposizione legislativa che depenalizzasse o derogasse o addirittura abrogasse tale legge dovrebbe essere dichiarata incostituzionale per contrasto – attraverso la tecnica della norma interposta – con l'art. 117, comma 1, Cost. [...] questo potrà poi, tecnicamente, avvenire, a seconda dei casi, sostanzialmente in due modi: mediante una sentenza puramente caducatoria, come nel caso di una disposizione legislativa abrogatrice di una norma incriminatrice di esecuzione di un trattato che «punisce» una certa condotta, la quale verrà annullata con una decisione secca di accoglimento che determinerà la reviviscenza della norma incriminatrice che aveva eseguito il trattato; oppure attraverso una sentenza additiva, ipotesi che si verificherà allorché il legislatore abbia delimitato l'ambito di operatività di una fattispecie criminosa così come delineata nel trattato internazionale e in cui la Corte dunque potrà dichiarare la norma successiva incostituzionale nella parte in cui non prevede ciò che avrebbe dovuto prevedere in quanto imposto, appunto, da una legge precedente «assistita» dalla protezione garantita dall'art. 117, comma 1, Cost". Conclude l'Autore dicendo che "questo potrà rappresentare una vera e propria svolta in quello che oggi può probabilmente essere considerato l'indirizzo «più consolidato e soggetto a minori incertezze di tutta la giurisprudenza costituzionale»".

³⁷ D. BRUNELLI, *La Corte Costituzionale "vorrebbe ma non può" sull'entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 187.

giuridicamente rilevante) e ci si auspica che questi lo faccia al termine di un dialogo fecondo fra le varie sensibilità presenti in Parlamento.

Ma nell'eventualità in cui, in questa scelta, il legislatore dovesse violare altri principi come quello di uguaglianza? Nell'eventualità in cui il legislatore dovesse nuovamente incriminare la bestemmia dicendo: "È punito con la reclusione da uno a tre anni chi bestemmia contro la Divinità venerata nella religione cattolica"? Potrebbe essere questa una scelta forse legittima alla luce dei principi costituzionali immanenti al diritto penale (la tutela di un bene – "sentimento religioso individuale" – garantito dalla Carta, con una pena che può apparire proporzionata *etc.*...), eppure la violazione non solo di singoli articoli della Costituzione o del principio di laicità, ma la negazione stessa della società aperta e pluralista disegnata dalla nostra Costituzione, apparirebbe con la massima evidenza.

Certo, la legalità costituzionale violata potrebbe essere restaurata con l'annullamento secco. Eppure, anche guardando oltre l'esempio fatto, se il legislatore ha ritenuto non ci fossero altre sanzioni idonee a presidiare beni di rango particolarmente elevato, l'annullamento secco potrebbe menare a conseguenze intollerabili.

La quasi unanime dottrina ritiene che il principio di legalità in materia penale impedisca alla Corte di manipolare il testo e che, quindi, nell'ambito di invocati controlli di ragionevolezza, le questioni *in malam partem* vadano tutte risolte ritenendo sempre e comunque prevalente il principio di legalità in materia penale, nel suo corollario della riserva di legge³⁸. In conseguenza di ciò la Corte, quando giudica di norme che, ad esempio, puniscono solo chi bestemmia contro la Divinità dei cattolici, potrebbe optare per l'annullamento (lasciando quindi, in ipotesi, il sentimento religioso sguarnito di tutela); in alternativa, volendo mantenere la tutela accordata dal legislatore al bene in parola, dovrebbe ritenere ogni altro valore (nel caso i valori espressi dagli artt. 2, 3, 8) leso dal legislatore stesso recessivo al cospetto dell'art. 25, comma 2, della Costituzione³⁹.

Una volta giudicata ragionevole la compressione della libertà personale per salvaguardare la tutela del sentimento religioso alla Corte sarebbe poi precluso, dal principio di riserva di legge, estendere quella tutela a tutte le confessioni religiose che dalla Costituzione si vedono riconosciuta "l'eguale libertà".

La soluzione, ci si permetta di dirlo, appare poco comprensibile. Che il principio di riserva di legge possa prevalere "per sistema" su qualunque altro principio costituzionale eventualmente leso dal legislatore penale, risolvendo preliminarmente qualunque operazione di bilanciamento, sembra improponibile⁴⁰. E non si vuole così, di certo,

³⁸ "Il principio di riserva di legge è coinvolto in un bilanciamento nel senso che la Corte ritiene assolutamente prevalente l'interesse costituzionale incorporato in quella regola su altri beni sottesi alle norme denunciate" (A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 346).

³⁹ "È in base al bilanciamento dei principi costituzionali in gioco che viene risolta la situazione caratterizzata dall'irragionevole privilegio: la necessità di ristabilire soluzioni normative coerenti e di dare tutela ad interessi di rilievo costituzionale in materia penale deve bilanciarsi con la riserva assoluta di legge" (G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 49).

⁴⁰ L'espressione virgolettata è di A. RUGGERI in P. COSTANZO – L. MEZZETTI – A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2010, p.300. La Corte costituzionale ha precisato, con la sentenza n.183 del 1973, che una espansione illimitata del diritto comunitario è contenuta grazie al carattere "inderogabile dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana, che in nessun caso o modo possono essere intaccati dalle norme comunitarie, alle quali pertanto non potrà essere dato ingresso nel nostro ordinamento laddove con essi incompatibili". Secondo l'Autore in tal modo si sarebbe venuta ad instaurare una gerarchia tra l'art. 11 della Costituzione e gli altri principi fondamentali, "tale da comportare *per sistema* la recessione dell'uno davanti agli altri. [...] la «logica» che sta a base della composizione dei conflitti tra principi o valori fondamentali non può essere quella patrocinata dalla Corte sul terreno dei rapporti interordinamentali, che porta infatti a negare la «fondamentalità» di un principio fondamentale, per sistema recessivo davanti agli altri coi quali si trovi occasionalmente ad urtare, bensì l'altra in via generale dalla Corte stessa teorizzata, che si affida alla tecnica del paritario <<bilanciamento>>, secondo i casi, dei valori in gioco". La soluzione adottata dalla Corte davanti alle richieste di sentenze manipolative *in malam partem* sembra speculare a quella del 1973: non un valore recessivo *per sistema* (art. 11), ma un valore *per sistema* prevalente (art. 25).

sostenere la tesi che afferma l'esistenza di obblighi di incriminazione impliciti in Costituzione. La Corte non dovrebbe introdurre "determinazioni normative estranee alle scelte politiche di fondo del legislatore, ma soltanto mantenere la proporzionalità nella distribuzione dei valori giuridici all'interno di una legislazione data ed a partire da essa"⁴¹. La possibilità che dovrebbe essere riconosciuta alla Corte di eliminare la discriminazione accomunando *in malam partem* la tutela delle varie fedi (cioè prevedendo la tutela penale per tutte e non solo per una, una volta giudicato meritevole il bene giuridico), per restare nell'ambito dell'esempio fatto, non è conseguenza di un obbligo implicito di incriminazione.

Ciò che viene chiesto alla Corte è di effettuare un controllo sulla ragionevolezza delle distinzioni operate dal legislatore che hanno prodotto una disciplina differenziata, in modo da poter "correggere scelte di politica legislativa che non si intende sindacare nel merito ma nella loro estensione"⁴².

La censura di parziale incostituzionalità passa attraverso il disposto di altri articoli della Costituzione violati dall'incriminazione così come concepita dal legislatore. Sono questi principi che nella perimetrazione del conflitto fronteggiano e nella transazione dovrebbero prevalere sulla regola della riserva assoluta⁴³. O, perlomeno, a questi principi deve essere data la possibilità almeno teorica di poter prevalere sulla riserva di legge. Possibilità che invece viene loro negata ritenendo, evidentemente, la riserva di legge non suscettibile di bilanciamento con gli altri principi della Carta.

A guardare la giurisprudenza costituzionale sembra, insomma, di aver trovato un principio (quello che vuole che le scelte penali siano unicamente del Parlamento) in odor di tirannide, per parafrasare Carl Schmitt⁴⁴.

Ma una gerarchia astratta fra i principi, quindi fra i valori, accolti nella nostra Carta costituzionale non può essere fatta. Uno di essi non può sempre e comunque prevalere sugli altri nei bilanciamenti che vengono effettuati dalla Corte per riportare in un orizzonte di compatibilità le scelte del legislatore che da tale orizzonte erano fuoriuscite. In astratto non è possibile stabilire ordini di precedenza⁴⁵.

Per questo l'atteggiamento tenuto negli anni dalla Corte Costituzionale non appare convincente, ed ancora meno convincente appare quello della dottrina, solitamente sensibile a tali questioni ma in questo caso ancorata a vecchi e rigidi schemi mentali.

Nel giudicare su norme incriminatrici in senso stretto è indubbio che un bilanciamento vada fatto, ma con riguardo al bene tutelato dall'art. 13 Cost. e a tutti gli altri che con la pena vengono sacrificati. La dolorosa scelta che porti alla compressione di tali beni fondamentali ed "inviolabili", per usare le parole del Costituente, non potrebbe che essere l'ultima da prendere in considerazione.

Ma tra scelta ultima e scelta preclusa c'è una differenza non solo grande ma sostanziale, poiché anche quando nelle decisioni della Consulta si accenna al nucleo forte ed inviolabile dell'ordinamento costituzionale non ci si riferisce, e non ci deve riferire, ad un valore o nucleo di valori predeterminabile una volta per tutte e sempre prevalente. Il peso da assegnare ai valori in gioco viene valutato in relazione al caso concreto senza che ve ne possano essere alcuni sempre cedevoli ed altri sempre vincitori⁴⁶.

⁴¹ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Cedam, Padova, 1985, p. 756.

⁴² G. SILVESTRI, *Le garanzie della repubblica*, cit., p. 138; G.U. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Atti del XIII Convegno annuale dell'AIC. Trieste, 17-18 dicembre 1998, Cedam, Padova, 1999, p. 129, dove la Corte costituzionale è descritta "come un sarto che mette a punto un vestito già fatto da altri" e che, dunque, "non può ristrutturarlo nei suoi elementi portanti, ma solo migliorarlo nei particolari (allungare una manica, togliere una piega e simili)".

⁴³ G. INSOLERA, *Democrazia*, cit., p. 52.

⁴⁴ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, tr. it., a cura di G. Accame, Pellicani, Roma, 1987.

⁴⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 33.

⁴⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 34.

Eppure nelle sentenze non si fa cenno alla libertà personale o alle altre libertà sacrificate con la pena. Quando la Corte si ferma davanti ai possibili effetti *in malam partem*, l'unico riferimento è all'art. 25, comma 2. Il principio di riserva di legge impedisce addirittura che venga fatto un bilanciamento tra i veri valori in gioco (quelli violati dalle scelte maldestre del legislatore e quelli che verrebbero sacrificati dall'estensione della punibilità volta a sanare l'incostituzionalità della norma).

Anche chi ritiene che l'unica garanzia data dalla riserva di legge risieda nel fatto che le scelte di politica criminale possano essere effettuate dal legislatore, non può comunque giudicare accettabile la prevalenza sistematica del principio in parola su qualunque altro principio violato dal legislatore nell'effettuare tali scelte.

Qualora poi si ritenga, invece, che la vera garanzia data dalla riserva di legge oggi la si trovi proprio nella possibilità che la Corte possa controllare gli atti contenenti la disciplina dei reati e delle pene è addirittura un controsenso sostenere che, proprio in forza di tale principio, ai giudici della Consulta sia precluso l'utilizzo delle tecniche decisorie anche atipiche volte a rendere le norme penali compatibili con il dettato costituzionale.

La Corte deve invece poter utilizzare tutti gli strumenti a sua disposizione per dare la garanzia ai consociati che le scelte del legislatore anche (o, forse, soprattutto) nell'ambito dello *jus terribile* siano conformi a quei valori positivizzati nei principi della Costituzione, nati in seno alla comunità e nei quali la comunità si riconosce.

Come è stato detto, il giurista non deve essere l'"esecutore immediato dei valori"⁴⁷. E questo è certo, poiché non l'esecuzione automatica dei valori ma una mediazione fra di loro è necessaria, ed il compito della mediazione è del legislatore al quale sono, in prima battuta, rimesse le operazioni di bilanciamento al fine di trovare un "ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana"⁴⁸. Ma è anche vero che, a differenza di quanto sosteneva il giurista e filosofo tedesco, in uno Stato che vede i suoi valori fondanti recepiti in una Costituzione rigida, qualora il legislatore nell'ineliminabile suo compito fallisca, non sarebbe possibile immaginare che i giudici – tutti ed il giudice delle leggi per primo – non possano intervenire, utilizzando ogni strumento a loro disposizione, per smussare quegli angoli della normazione che si pongono in contrasto con quanto espresso nella Carta fondamentale. E questo ragionamento dovrebbe necessariamente valere per ogni ramo del diritto. Ritenerne che la sede parlamentare sia la sola in cui è possibile effettuare tale mediazione, escludendo *a priori* che il compito possa spettare, in successiva battuta, anche ad altri soggetti istituzionali equivarrebbe a negare qualunque forza ai valori stessi⁴⁹, e ragionare in tal modo anche nel solo ambito del diritto penale non condurrebbe ad esiti meno gravi.

Il bilanciamento, che implica sempre una valutazione soggettiva sull'equilibrio da trovare per la più ampia realizzazione degli interessi coinvolti, deve essere regolato dalla ragionevolezza nel senso che deve essere "coerente" con i valori costituzionali⁵⁰.

Se le scelte del legislatore non dovessero rivelare questa auspicata coerenza, negare al giudice delle leggi la possibilità di svolgere appieno la sua funzione "correttiva",

⁴⁷ C. SCHMITT, *La tirannia*, cit., p. 73.

⁴⁸ C. cost., sent. n. 347 del 1998, punto 4 del cons. in dir., in www.giurcost.org.

⁴⁹ G. SILVESTRI, *Dal potere*, cit., p. 15.

⁵⁰ "Il rischio – non meramente teorico, pare – è di considerare la ragionevolezza soltanto un criterio di giudizio sulla legittimità degli atti giuridici, e di confinarne la portata al solo momento patologico: essa rileverebbe soltanto, per così dire, in negativo, nelle ipotesi di sua mancanza o insufficienza nell'esercizio del potere legislativo o amministrativo. Finisce così per restare sullo sfondo (o per sfuggire affatto) la capacità della ragionevolezza, proprio in quanto logica dei valori, di plasmare dall'interno i profili organizzativi e procedurali dell'apparato pubblico, di tessere l'ordito di base dell'ordinamento, di orientarne la fisiologica dinamica. Insomma, il pericolo è che non si colga la funzione architettonica del principio di ragionevolezza, la quale può essere adeguatamente apprezzata soltanto enfatizzandone l'immanenza nella struttura fondamentale del sistema, l'afferenza a tutte le pubbliche funzioni." (L. D'ANDREA, *Ragionevolezza*, cit., p. 16).

si rivelerebbe un grave attacco per i valori della nostra democrazia.

È alla Corte costituzionale che spetta di verificare se le leggi forgiate dal legislatore siano dirette verso le mete ideali indicate dalla Costituzione e non si può pensare che vi siano alcuni ambiti del diritto nei quali essa non possa pienamente assolvere al suo difficile compito volto alla realizzazione del “dover essere costituzionale”⁵¹. Per queste ragioni l’idea di un principio di riserva di legge che abbia la funzione di limitare il pieno controllo della Corte sulla legislazione penale potrebbe dimostrarsi molto pericolosa. Sull’altare di un valore assoluto, quello della discrezionalità del legislatore, si rischia di vederne sacrificati tanti altri che invece dovrebbero anche con quello venire bilanciati, e non al suo cospetto essere ritenuti sistematicamente recessivi.

L’aver affidato al Parlamento le scelte nel campo dei reati e delle conseguenze sanzionatorie non è, di per sé, una garanzia. E questa dimostrazione è, purtroppo, stata data più volte dal nostro Parlamento e negli ultimi anni in maniera eclatante con la creazione di un diritto penale del nemico (ad esempio il clandestino la cui presenza nel territorio dello Stato tanto infastidisce il cittadino – o, forse, si dovrebbe dire l’elettore –) principalmente a fini propangadistici, e di un diritto penale dell’amico piegato a sanare ciò che è stato fatto – magari proprio da chi è in ambiente governativo - e che secondo la legge non si sarebbe dovuto fare.

Continuare a voler vedere nel principio di riserva di legge solo questa garanzia appare, oggi, pericolosamente illusorio. Pur senza sottovalutare l’importanza del momento parlamentare, che dovrebbe invece tornare ad avere il ruolo centrale che, anche nel disegno del Costituente, gli era stato dato, è necessario guardare oltre. Mantenere la legislazione entro i confini dati dai principi costituzionali è la vera garanzia per i consociati, dal momento che anche nell’ipotesi in cui, come è assolutamente auspicabile, una legge venisse approvata con il più ampio consenso, questo non basterebbe a dare sicurezze sulla bontà del suo contenuto.

Da queste considerazioni sorgono i dubbi sul pervicace atteggiamento dottrinale e giurisprudenziale che ritiene assolutamente inammissibili le sentenze manipolative con effetti *contra reum*.

Delle garanzie di una democrazia puramente procedurale non ci può, di certo, accontentare. Ciò che appare più importante è che la disciplina della materia penale sia interamente controllabile e suscettibile di giudizio da parte della Corte che, usando le parole del Sandulli, ha come scopo quello di “difendere la democrazia da se stessa”⁵².

* Laureata in Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Messina.

⁵¹ G. SILVESTRI, *Dal potere*, cit., p. 26. Sostiene l’Autore che le “Costituzioni contemporanee si proiettano in larga misura nel futuro [...] l’effetto complessivo è che al dover essere implicito nelle norme giuridiche in quanto tali si aggiunge un dover essere di secondo grado, indirizzato all’attuazione di valori che non trovano pieno o nessun riscontro nella legislazione ordinaria”. Così, il bilanciamento fatto dalla Corte, successivo a quello del legislatore cerca di far tendere la legislazione ordinaria al dovere essere costituzionale, di rendere concreto ciò che non lo è.

⁵² Il nostro ordinamento “non sarebbe quello che è se in esso non fosse presente la Corte; se in esso non fosse venuto meno quel principio del prepotere assoluto della legge, che gli uomini della Costituente, nel disegno di difendere la democrazia da sé stessa, vollero limitare allorché fissarono il principio garantistico della soggezione delle leggi alla Costituzione e della loro sindacabilità in sede di giustizia costituzionale” (A..M. SANDULLI, *Discorso pronunciato dal Presidente Sandulli per celebrare il dodicennio dell’inizio dell’attività della Corte costituzionale – Palazzo della Consulta, 3 dicembre 1968*, in www.cortecostituzionale.it).