

DIRITTO PENALE E COSTITUZIONE (*)

di Massimo Luciani

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “trittico” dei principi desumibili dall’art. 25, comma 2, Cost. – 3. La riserva di legge in materia penale. – 4. I principi di determinatezza e di irretroattività della norma penale.

1. Premessa.

Siamo costretti, noi che siamo stati invitati a tenere queste *lectiones*, a navigare *in gurgite vasto*. Con il supplementare problema, per me, che oggi i *nantes* non sono *rari*, ma *duo*, e che fra i *duo* uno è un Maestro della disciplina (il diritto penale) dei cui rapporti con la Costituzione dovremmo discutere.

È difficile capire, davvero, da dove cominciare, vista l’enorme complessità dei problemi all’ordine del giorno e considerata la massa di dottrina e di giurisprudenza che, nel corso degli anni, ha occupato l’intero campo disciplinare. Ho deciso, pertanto, di selezionare solo alcune questioni che a me paiono particolarmente rilevanti, con una scelta che – confido – si rivelerà non arbitraria e la cui motivazione non esplicito, perché dovrebbe indirettamente emergere dalle cose. Su tali questioni cercherò di formulare alcune considerazioni di carattere assai generale, senza addentrarmi nei meandri del tecnicismo penale, onde minimizzare i rischi che, da studioso esterno alla materia, corro.

2. Il “trittico” dei principi desumibili dall’art. 25, comma 2, Cost.

A me sembra evidente che il punto fondamentale, sul quale dunque mi soffermerò, sia il “trittico” dei principi reggitori della normazione penale che sono desumibili dall’art. 25, comma 2, Cost.: riserva di legge; determinatezza; irretroattività.

Condivido l’impostazione seguita a suo tempo da Franco Bricola, che ravvisò in quei tre principi una matrice comune. Per Bricola, però, si trattava della “garanzia del cittadino di fronte agli arbitri normativi dell’esecutivo” (*Commentario Branca*, 233), mentre a mio avviso si tratta della certezza. A seguire questa prospettiva parrebbe che

(*) 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*”.

il divieto di retroattività sia destinato a colpire anche le norme penali *in bonam partem* e infatti è per questo che Bricola la pensava diversamente. Ritengo, però, che si trattasse di una preoccupazione infondata. Vediamo.

La certezza (oltre a costituire un'esigenza propria della nostra condizione antropica) costituisce un valore connesso all'idea stessa di statualità e di comunità politica, perché altro non è che *sicurezza* riguardata nella prospettiva del diritto. Lo Stato moderno (come ben sapevano già Machiavelli, Botero, Bodin, Hobbes) nasce come erogatore di prestazioni di sicurezza, per mettere fine alla tragedia delle guerre civili e di religione, e quando quelle prestazioni si proiettano nel dominio del diritto hanno per contenuto – appunto – la *certezza*.

Cosa si debba intendere per certezza è discusso, ma condivido l'opinione di chi (Gometz) l'ha identificata con la "possibilità diffusa di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti". So bene che si tratta di una tesi controversa, alla quale si oppone che la certezza sarebbe un ideale illuministico privo di *chances* di inveramento, specie in ordinamenti complessi come quelli attuali, che esigerebbero capacità di adattamento e tensione alla realizzazione della giustizia del caso singolo. Così ragionando, però, si perde di vista l'origine storica del principio e, esaltando il ruolo della giurisdizione, si sacrifica anche il principio democratico, che (magari nella forma mediata della rappresentanza) consente ai soggetti più deboli della società di partecipare ai processi decisionali pubblici attraverso la legge, sostituendole quella manifestazione di potere aristocratico (per quanto si tratti di un'aristocrazia del pensiero) che è la pronuncia del giudice.

Ora, sebbene sia cosa diversa, la certezza s'intreccia con l'affidamento, il quale tutela la sfera di libertà (anche nel senso di autodeterminazione) degli individui nel loro rapporto con il pubblico potere. Tale intreccio non si radica unicamente in una ragione logica, ma anche in una ragione storica, perché lo Stato di diritto giace su un'evidente premessa contrattualista, che lo concepisce come il prodotto di un patto tra i cittadini, che l'hanno scelto per garantirsi la reciproca sicurezza. È per questo che l'affidamento non è generica aspettativa di stabilità o irretrattabilità delle scelte normative, ma specifica fiducia nella preclusione di non prevedibili scelte legislative *in malam partem*. Proprio Marcello Gallo, in un suo breve intervento su *Critica del diritto* del 2003 (*Interpretazione sistematica e costituzione*, p. 17), ha opportunamente scritto che in campo penale la certezza del diritto impone che "il destinatario di una regola giuridica deve sapere che non gli potrà mai essere fatto un trattamento più duro di quello previsto al tempo della sua azione od omissione". E la stessa Corte costituzionale, nella sent. n. 230 del 2012, ha affermato che il principio dell'irretroattività della norma penale è "espressivo dell'esigenza di «calcolabilità» delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale". Accomunare i tre principi desumibili dall'art. 25, comma 2, Cost., sotto l'unico tetto della certezza, dunque, non fa correre alcun rischio di pregiudicare i ripensamenti legislativi retroattivi *in bonam partem*.

A me sembra, poi, che anche nello stesso diritto positivo di rango subcostituzionale vi sia traccia evidente di questo collegamento fra norma penale e certezza intesa come prevedibilità. Mi riferisco, in particolare, all'art. 43, comma 1, cod.

pen., a tenor del quale il delitto è doloso quando l'evento è "*dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione*". In questo caso, è vero, ci troviamo di fronte a un profilo diverso, perché: a) la prevedibilità si riferisce all'evento e non alle sue conseguenze; b) essa è assunta a elemento qualificativo di una condotta penalmente rilevante. Nondimeno, non sfuggirà ad alcuno che, sebbene l'elemento della prevedibilità sia assunto nel suo risvolto – diciamo così – negativo, ciò si può ragionevolmente fare proprio perché l'ordinamento assume come essenziale il suo profilo positivo e garantista. In questa prospettiva, ovviamente, non interessa la pur altrimenti importante questione dell'accertamento di tale elemento spirituale, perché, anche se si ritiene (come ha fatto Marcello Gallo nella sua notissima *voce* enciclopedica sul dolo) che vi si possa procedere solo sulla scorta di "circostanze esteriori", quel che conta in via generale è l'apprezzamento *oggettivo* (ora negativo, ora positivo) da parte dell'ordinamento del dato *soggettivo* della prevedibilità.

Ciò precisato, a me sembra evidente che l'esigenza costituzionale di certezza abbia trovato maggiore soddisfazione nella giurisprudenza sui principi di determinatezza e irretroattività che non in quello di riserva di legge. Partiamo da quest'ultimo, mentre degli altri due sarà possibile dire assieme.

3. La riserva di legge in materia penale.

Quanto alla riserva di legge in materia penale, si deve ricordare che il solo fatto di assumere la legge quale fonte del precetto penale ha una valenza garantista. Certo, sono note le obiezioni all'equivalenza legge/garanzia, radicate nella constatazione della continuità che lega gli esecutivi agli odierni parlamenti, mentre in origine il ricorso alla legge stava a segnare lo stacco fra l'assemblea rappresentativa della nazione e il governo del re. Ciononostante, una propria valenza garantista la legge l'ha mantenuta, sia perché la sede del procedimento legislativo è più trasparente di quella del procedimento amministrativo che si conclude con l'adozione della fonte regolamentare, sia perché in una temperie spirituale che esalta il sostanzialismo è la *forma* della legge, in quanto forma, che già di per sé costituisce presidio dei diritti dei cittadini. Ogni flessione della riserva di legge, dunque, va vista con sospetto.

3.1. Fra le molte questioni che la riserva di legge penale pone mi sembra necessario segnalarne soprattutto tre.

i) La prima è quella della nozione di "legge". Cosa s'intende con questa espressione? Si tratta della sola legge in senso formale (e degli atti che le sono equiparati) o anche della giurisprudenza, ovvero – se si preferisce – della legge per come letta dalla giurisprudenza? È noto che in questi ultimi anni, in teoria generale e fra i costituzionalisti, ha assunto un ruolo egemone la dottrina della natura creativa dell'attività giurisdizionale, che ha condotto a cancellare ogni linea di confine fra la giuris-dizione e la legis-lazione. Ho cercato, in un recente contributo pubblicato sull'*Enciclopedia del diritto*, di dimostrare l'infondatezza teorica e i rischi pratici di questa posizione, ma qui mi interessa soprattutto richiamare l'attenzione sul fatto che

la stessa Corte costituzionale se ne è discostata proprio in materia penale, quando, con la sent. n. 230 del 2012, ha chiarito le notevoli differenze fra il nostro quadro costituzionale e quello della CEDU. Infatti, *“nell’interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risult[a] meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell’assetto interno – della riserva di legge, nell’accezione recepita dall’art. 25, secondo comma, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell’individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento [...]”*.

Si tratta di pronuncia che va salutata con molto favore. Certo, nello specifico, trattandosi del mutamento *in bonam partem* di un indirizzo giurisprudenziale, sarebbe stata maggiormente *pro libertate* la soluzione opposta, ma si deve notare che la retroattività dell’interpretazione giurisprudenziale *in bonam partem*, pur non potendo (giustamente) essere radicata nel principio di retroattività della *lex mitior*, è stata comunque riconosciuta dalla Corte, ma solo perché fondata sul principio di eguaglianza.

ii) La seconda è quella della nozione di materia penale. Qui, per limitarmi all’essenziale, ricordo semplicemente che, sebbene la Corte costituzionale abbia sovente formalmente richiamato (v., ad es., sentt. nn. 49 del 2015; 102 e 193 del 2016; 43 del 2017) l’indirizzo sostanzialistico della Corte di giustizia e della Corte EDU (che, al di là della qualificazione formale, etichettano come “penale” qualunque sanzione che: a) abbia una connotazione afflittiva; b) possa essere particolarmente severa; c) persegua uno scopo non solo risarcitorio, ma repressivo o preventivo), la nostra giurisprudenza non si è mai dimostrata “di manica larga” nella qualificazione come “penale” di una sanzione formalmente qualificata “amministrativa”. Di qui, evidentemente, un notevole ostacolo all’applicabilità delle garanzie e dei limiti previsti dall’art. 25 Cost.

iii) L’ultima è quella delle c.d. norme penali in bianco, intendendo con questa espressione i casi in cui si norma collocando la descrizione della fattispecie vietata in una disposizione (anzi, addirittura in una fonte) diversa da quella in cui è collocata la previsione della sanzione.

Qui, come è noto, abbiamo una vasta pluralità di ipotesi di integrazione della norma penale: da parte della legge regionale (sent. n. 46 del 2014); da parte di regolamenti (sent. n. 36 del 1964); da parte di semplici atti amministrativi (sent. n. 9 del 1972); da parte di nozioni della tecnica (sent. n. 475 del 1988); da parte dei contratti collettivi con efficacia *erga omnes* (sent. n. 169 del 1963), etc. Ipotesi, tutte, vagliate dalla Corte costituzionale con una certa benevolenza. Il principio generale, comunque, è quello che *“la riserva di legge in materia penale non esclude che il legislatore possa inserire nella descrizione del fatto incriminato il riferimento ad elementi «esterni» al precetto penale aventi il carattere della «normatività» – i cosiddetti elementi normativi del fatto – postulando, quindi, una integrazione «eteronoma» della norma incriminatrice”*. Tuttavia, *“tale integrazione «eteronoma» del precetto penale non è senza limiti [e] la violazione del principio di legalità deve essere esclusa ove si rinvenga nella legge una sufficiente specificazione dei*

presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena" (sent. n. 21 del 2009).

Da queste ipotesi va distinta quella del ricorso a clausole generali o concetti elastici, che, secondo la giurisprudenza costituzionale, *"non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo" (sent. n. 21 del 2009).*

3.2. Se, però, *Plato è amicus*, è comunque *magis amica veritas*. Intendo: se la legge ci garantisce, ancor di più ci garantisce, in via di principio, la Costituzione. Qui si pone la grande questione dei beni meritevoli di protezione con sanzione penale e si è discusso (e ancora si discute) del se debba o meno trattarsi di beni costituzionali o anche di beni che la Costituzione non menziona. Nel primo caso la Costituzione funge da fondamento della punibilità; nel secondo, tutt'al più, da limite.

La Corte costituzionale sembra aver inizialmente seguito la seconda linea interpretativa. Così, la sent. n. 360 del 1995 ha ricostruito il principio di offensività come *"limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario nel perseguire penalmente condotte segnate da un giudizio di disvalore"*. Peraltro, se questo vale per l'offensività in astratto, per l'offensività in concreto vale l'osservazione che qualora una singola condotta *"sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato [...] viene meno la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta, proprio perché la indispensabile connotazione di offensività in generale di quest'ultima implica di riflesso la necessità che anche in concreto la offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo [...]"*. Cosa, questa, che ovviamente incide anche nell'effettiva operatività del principio di riserva di legge, perché (salva sempre la possibilità per il legislatore di dettare principi generali di orientamento della giurisdizione) l'offensività in concreto può essere valutata solo caso per caso e dal giudice (v. anche sent. n. 519 del 2000).

La successiva sent. n. 263 del 2000 (poi seguita, ad es., dalle sent. nn. 519 del 2000; 265 del 2005; 225 del 2008) parrebbe aver abbracciato, invece, il primo indirizzo, avendo collegato il principio di offensività all'art. 25 Cost. e – soprattutto – tale articolo all'*"insieme dei valori connessi alla dignità umana"*).

A mio avviso, però, la diversità delle prospettive è meno radicale di quanto possa sembrare, almeno per due concorrenti ragioni.

i) Anzitutto, il richiamo alla dignità umana è fra i meno solidi e più inaffidabili che si possano immaginare. So bene che la retorica che la circonda è diffusa e che si è giunti a qualificarla come unico valore costituzionale non bilanciabile. Tuttavia: a) nessun valore costituzionale si sottrae al bilanciamento, per la semplice ragione che non esiste una gerarchia generale dei valori costituzionali (esistono semmai, come ha ben chiarito Antonio Baldassarre, solo plurime gerarchie settoriali nei singoli "campi di attività" disciplinati dalla Costituzione); b) in realtà, il bilanciamento non concerne i valori, perché una volta che sono stati costituzionalizzati, facendosi diritto positivo,

essi ormai appartengono al mondo del diritto come principi, privi, in quanto tali, della pretesa assolutistica e “tirannica” che è propria dei valori; c) che la dignità umana sia bilanciabile l’attesta la stessa Costituzione, che ne consente l’aggressione nella forma della sottoposizione a detenzione, che la dignità – senza alcun dubbio – compromette; d) richiamare la dignità destina al conflitto inesauribile, perché le nozioni che ne abbiamo sono plurime (è più “degnò” proteggere la vita o permettere che le si ponga fine quando non è più sopportabile? E’ più “degnò” tutelare un retaggio culturale o proibire pratiche che ci ripugnano perché totalmente estranee alla nostra cultura?). L’aggancio alla dignità umana, insomma, non garantisce che si faccia valere alcun preciso limite costituzionale. Come ha scritto Giovanni Fiandaca (in *Cass. pen.*, n. 1/2017), il diritto penale “è terreno emblematico di complessi bilanciamenti tra diritti e valori costituzionalmente rilevanti” e la dignità umana giace, appunto, su questo terreno.

ii) In secondo luogo, il patrimonio dei diritti (così come degli interessi, dei principi, dei valori) costituzionali è così vasto che appare davvero difficile identificare “beni” proteggibili che non godano in qualche modo di riconoscimento in Costituzione. Per una sorta di eterogenesi dei fini, del resto, tutto il lavoro della dottrina (costituzionalistica e non solo) volto ad ampliare e arricchire quel patrimonio ha come effetto indiretto la moltiplicazione delle ipotesi di repressione “meritevole”, a dimostrazione che la proliferazione dei diritti non è affatto a somma positiva, ma può essere a somma zero, se non addirittura a somma negativa (ogni nuovo diritto genera nuovi doveri, altera la posizione dei diritti preesistenti all’interno del bilanciamento costituzionale e postula, appunto, la possibilità della propria protezione con la sanzione penale).

Non è un caso, dunque, che dopo lo spunto ora segnalato la Corte abbia finito per tornare ad affermazioni assai vaghe, affermando che il principio di offensività, quando opera “come precetto rivolto al legislatore” (l’altro destinatario, ripeto, è il giudice, chiamato a valutare l’offensività in concreto), lo vincola “a limitare la repressione penale a fatti che, nella loro configurazione astratta, presentino un contenuto offensivo di beni o interessi ritenuti meritevoli di protezione” (sent. n. 109 del 2016). In realtà, a me sembra che in dottrina e in giurisprudenza, più che un “orientamento mediano” (come ha recentemente scritto Marco Valentini, in Mazza e altri, p. 199), si sia affermata la consapevolezza della fatale sovrapposibilità di due orientamenti che appaiono contrapposti quanto alle premesse di principio, ma sono largamente coincidenti quanto agli esiti pratico-interpretativi.

L’apprezzamento della meritevolezza della protezione è largamente riservato al legislatore e assai di rado la Corte ne ha folgorato le scelte. Sovente, in presenza di indirizzi legislativi all’evidenza non troppo coerenti, ha preferito rivolgere al legislatore un monito, come è accaduto, da ultimo, nella recente sent. n. 33 del 2018 relativa alla c.d. confisca allargata (e specificamente all’inclusione del delitto di ricettazione tra quelli per i quali, nel caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell’art. 444 del codice di procedura penale, è sempre disposta la speciale confisca, cosiddetta “allargata”). Come si legge in questa pronuncia, infatti, “A fronte del ricordato processo di accrescimento della compagine dei reati cui è annessa la misura

ablativa speciale, questa Corte non può astenersi [...] dal formulare l'auspicio che la selezione dei «delitti matrice» da parte del legislatore avvenga, fin tanto che l'istituto conservi la sua attuale fisionomia, secondo criteri ad essa strettamente coesi e, dunque, ragionevolmente restrittivi. Ad evitare, infatti, evidenti tensioni sul piano delle garanzie che devono assistere misure tanto invasive sul piano patrimoniale, non può non sottolinearsi l'esigenza che la rassegna dei reati presupposto si fondi su tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente annettere il patrimonio «sproporzionato» e «ingiustificato» di cui l'agente dispone ad una ulteriore attività criminosa rimasta «sommersa»".

3.3. Anche quanto alla determinazione della pena la riserva di legge, pur costituendo una garanzia significativa, non può essere sufficiente, restando indispensabile un aggancio alla Costituzione per impedire l'arbitrio del legislatore. Sulle norme di legge che determinano la pena, però, la giurisprudenza costituzionale è sempre stata assai prudente, molto limitando le declaratorie di incostituzionalità e assai sottolineando – invece – l'ampiezza dell'ambito discrezionale lasciato dalla Costituzione al legislatore (le declaratorie di incostituzionalità, comunque, non sono mancate, come ricorda la recente sent. n. 179 del 2017). Per dirla, fra le tante, con la sent. n. 345 del 2007, sussiste un' "ampia discrezionalità nella individuazione delle sanzioni, atteso che «la valutazione della congruità della sanzione appartiene alla discrezionalità del legislatore, con il solo limite della manifesta irragionevolezza» (così, da ultimo [...], l'ordinanza n. 246 del 2007), il solo scrutinio che, anche nella presente ipotesi, questa Corte è legittimata a svolgere consiste nel verificare se la scelta legislativa, in sé considerata, presenti quel palese difetto di ragionevolezza che giustifichi la declaratoria di illegittimità costituzionale".

Tale essendo la premessa, è evidente che corollario ne è l'utilizzazione privilegiata, quale parametro, dell'art. 3, comma 1, Cost. (sia pure in combinato disposto con l'art. 27, al quale il principio di proporzionalità della pena è stato fatto risalire: sentt. nn. 313 del 1990 e 179 del 2017). Così, si è affermato che "l'uguaglianza di fronte alle pene viene a significare, in definitiva, «proporzione» della pena rispetto alle «personali» responsabilità e alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite alla potestà punitiva statale" (sent. n. 50 del 1980). Emergono qui con chiarezza, a mio avviso, i due profili fondamentali della questione, che attengono all'astratta ragionevolezza della pena edittale, da un lato, e alla concreta ragionevolezza della pena che può essere inflitta al singolo responsabile. Due profili attorno ai quali ruotano due filoni (ovviamente intersecantisi) della giurisprudenza costituzionale.

i) Quanto all'astratta ragionevolezza della pena edittale, possiamo distinguere una "ragionevolezza estrinseca" e una "ragionevolezza intrinseca". La prima è violata quando la norma di legge tradisce la propria stessa *ratio*, operando equiparazioni o differenziazioni solo parziali o casuali tra fattispecie che – invece – dovrebbero essere oggetto di una disciplina coerente. La seconda è violata quando "fattispecie di reato sostanzialmente identiche [sono] sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio" (così la sent. n. 23 del 2016, che riprende testualmente le sentt. nn. 158 e 364 del 2004; 325 del 2005).

In tutti questi casi, comunque, la Corte ha seguito un indirizzo di massima prudenza e *self-restraint*, Dichiarando sovente inammissibili per insindacabilità della discrezionalità legislativa le questioni che – a suo avviso – le chiedevano una scelta di opportunità. Infatti, *“Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece [...] una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore”* (sent. n. 22 del 2007, ripresa dalla cit. sent. n. 23 del 2016). Riemerge, qui, la classica limitazione crisafulliana delle sentenze manipolative ai soli casi in cui si diano delle *“rime obbligate”*, cioè delle soluzioni (alternative a quelle prescelte dal legislatore) che non sono solo costituzionalmente opportune, ma addirittura costituzionalmente imposte. Come si legge sempre nella sent. n. 23 del 2016, *“in materia di pene, anche nel giudizio di «ragionevolezza intrinseca», focalizzato sul principio di proporzionalità, è fondamentale l’individuazione di un parametro che consenta di rinvenire la soluzione costituzionalmente obbligata [...]”*.

Si tratta di un indirizzo consolidato, confermato, ad esempio, dalla sent. n. 148 del 2016, nella quale si legge che *“Solo l’indicazione di un tertium comparationis [...] legittima l’intervento della Corte in materia di determinazione della pena ed esclusivamente in presenza di discipline manifestamente arbitrarie o irragionevoli. Ciò in quanto non spetta alla Corte determinare autonomamente la misura della pena, sostituendo le proprie valutazioni a quelle che spettano al legislatore, ma solo di emendare le scelte di quest’ultimo «in riferimento a grandezze già rinvenibili nell’ordinamento» (sentenza n. 22 del 2007)”*, nonché dalla recente sent. n. 35 del 2018, nella quale si afferma che *“Per costante giurisprudenza di questa Corte, la configurazione delle fattispecie criminose e la determinazione della pena per ciascuna di esse costituiscono materia affidata alla discrezionalità del legislatore, coinvolgendo apprezzamenti tipicamente politici. Le scelte legislative sono pertanto censurabili, in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell’arbitrio [...], come avviene quando ci si trovi a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione [...]. Il confronto tra fattispecie normative, finalizzato a verificare la ragionevolezza delle scelte legislative, presuppone, dunque, necessariamente l’omogeneità delle ipotesi poste in comparazione [...]”*. Non si può dimenticare, però, che, secondo la sent. n. 179 del 2017, *“Nella giurisprudenza costituzionale più recente, gli interventi [...] sulle disposizioni sanzionatorie sono divenuti più frequenti, con una serie di decisioni ispirate a una sempre maggiore garanzia della libertà personale e dei principi costituzionali che delineano «il volto costituzionale del sistema penale» (secondo l’espressione coniata nella sentenza n. 50 del 1980)”*.

ii) Quanto alla concreta ragionevolezza della pena che può essere inflitta al singolo responsabile, la Corte, da molto tempo, ha fissato il principio di individualizzazione. Già la sent. n. 15 del 1962, infatti, aveva affermato che *“L’individualizzazione della pena da parte del giudice [...] non può prescindere dalla considerazione della gravità del reato e della personalità del reo; donde è nel carattere della sanzione penale che essa sia prefissata dalla legge in maniera da consentirne l’adeguazione alle circostanze concrete”*. Su questa scia si sono mosse le pronunce successive, fra le quali si segnala, per la solidità dell’impianto argomentativo, l’importante sent. n. 299 del 1992.

Vi si legge, infatti, che *“Il principio di legalità della pena [...] non impone al legislatore di determinare in misura fissa e rigida la pena da irrogare per ciascun tipo di reato”* e che, anzi, *“lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena e più congruo rispetto al principio di uguaglianza è la predeterminazione della pena medesima da parte del legislatore fra un massimo e un minimo ed il conferimento al giudice del potere discrezionale di determinare in concreto, entro tali limiti, la sanzione da irrogare, al fine di adeguare quest’ultima alle specifiche caratteristiche del singolo caso”*.

iii) Accennavo prima all’inevitabile intreccio fra le due tematiche sopra esposte (della ragionevolezza della pena in astratto e di quella della pena in concreto). La più volte ricordata sent. n. 23 del 2016 (di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, come si ricorderà) ce ne offre un esempio illuminante, laddove, in ordine al trattamento sanzionatorio della detenzione di sostanze psicotrope, afferma che *“A maggior ragione [...] questa Corte non potrebbe sostituirsi al legislatore, in nome del principio di ragionevolezza e proporzionalità della pena, a fronte di disposizioni che – come quella in giudizio – lasciano al giudice un margine di valutazione sufficientemente ampio da permettergli di graduare proporzionalmente la pena anche in ragione della natura della sostanza”*.

4. I principi di determinatezza e di irretroattività della norma penale.

Veniamo, ora, ai principi di determinatezza e di irretroattività. Come accennavo in premessa, di questi due principi dirò (rapidamente) assieme, perché essi si sono presentati come inestricabilmente vicini in una recente e notissima vicenda (che possiamo assumere come paradigmatica), ora definitivamente chiusa (almeno si spera...) dalla Corte costituzionale con l’importante sent. n. 115 di quest’anno, da poco depositata. Mi riferisco, ovviamente, al caso *Taricco*.

Si tratta di un *affaire* sulla quale si è scritto così tanto che si esita a tornarci su ancora una volta. Mi limiterò, pertanto, a qualche considerazione generale, soprattutto nella prospettiva della “resistenza” della nostra Costituzione alle possibili “sfigurazioni” (per riprendere una formula cara a Gianni Ferrara) che potrebbe subire in ragione dell’immersione del nostro ordinamento nel contesto sovranazionale e internazionale. Procedo, in estrema sintesi, per punti, riportando i passaggi principali della motivazione.

i) Il *“principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall’art. 25, secondo comma, Cost.”*, si applica anche a un istituto come la prescrizione, *“che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l’effetto di impedire l’applicazione della pena”*, e per questo *“rientra nell’alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall’art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza”*.

ii) Anche le norme che disciplinano la prescrizione (che la Corte, confermando la propria precedente giurisprudenza, considera *“un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all’oblio e l’interesse a perseguire i reati [...]”*, di conseguenza, devono rispettare il principio di determinatezza.

iii) Nella specie, la norma del diritto eurounitario che si rinviene al par. 1 dell’art. 325 TFUE *“è irrimediabilmente indeterminata nella definizione del «numero*

considerevole di casi» in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita”.

iv) Quel che più conta (almeno a mio parere) è che “a tale giudice [non] può essere attribuito il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)”.

v) “Perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia [vale] l’imprescindibile imperativo che simili scelte [quelle concernenti il diritto penale] si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati”, sicché “l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra”.

vi) “Il principio di determinatezza ha una duplice direzione, perché non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell’attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque «una percezione sufficientemente chiara ed immediata» dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta”.

vii) “Una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso”.

viii) Quello della norma eurounitaria (per come interpretata dalla Corte di giustizia nella prima sentenza Taricco: sent. Grande Sez. 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco) contiene “un enunciato generico, che, comportando un apprezzamento largamente opinabile, non è tale da soddisfare il principio di determinatezza della legge penale e in particolare da assicurare ai consociati una sua sicura percezione”.

ix) Quanto al principio di irretroattività, la stessa Corte di giustizia, nella seconda sentenza Taricco (sent. Grande Sez., 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A. S. e M. B.), “in virtù del divieto di retroattività in malam partem della legge penale, la «regola Taricco» non può essere applicata ai fatti commessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza che l’ha dichiarata, ovvero anteriormente all’8 settembre 2015 (paragrafo 60). Si tratta di un divieto che discende immediatamente dal diritto dell’Unione e non richiede alcuna ulteriore verifica da parte delle autorità giudiziarie nazionali”.

Da questa rapida sintesi si evincono, a mio parere, due conclusioni.

La prima è che, sebbene la questione della retroattività e dell’indeterminatezza fossero state poste entrambe dal giudice remittente, è alla seconda che la Corte costituzionale dedica la maggiore attenzione. Il motivo è duplice: per un verso, l’erroneità della prima sentenza Taricco della Corte di giustizia era già stata riconosciuta (pur senza dirlo...) dalla seconda, sicché non c’era bisogno di ritornarci; per l’altro, la cogenza del principio di irretroattività in materia penale sembra ormai compiutamente acquisita, mentre sulla questione della determinatezza la discussione è tuttora aperta, sicché era opportuno svolgere qualche riflessione supplementare.

Ebbene: è proprio quanto al tema della determinatezza che emerge la seconda delle conclusioni che vorrei proporre. Il diritto penale è caratterizzato da profili di durezza che sono sconosciuti ad altri campi. È per questo che proprio nelle fattispecie che lo interessano si pongono i problemi più delicati in termini di protezione dei diritti e di concreto funzionamento delle garanzie. Anche in questo caso, mi sembra, un tema

di enorme portata come quello del rapporto fra giudice e legislatore ha avuto modo di essere affrontato con piglio insolitamente deciso proprio perché i principi che si dovevano applicare toccavano la delicatissima materia penale.

La sent. n. 115 del 2018, in questa prospettiva, non è soltanto un punto di riferimento per l'affermazione di alcuni fondamentali principi della civiltà giuridica di fronte ai *dérapiages* del diritto europeo, ma anche un monito a mantenere nei rispettivi confini l'azione del giudice e quella del legislatore. Ho già ricordato come, oggi, un vasto movimento di pensiero tenda a cancellare quei confini e a ragionare sulla *nomopoiesi tout confondu*. È un serio errore teorico e un grave rischio pratico che la Corte costituzionale ci invita a non correre. È da augurarsi che la stessa Corte segua il proprio ammonimento, non sempre osservato, duole dirlo, in altre occasioni.