

Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali

Nota a Corte cost. n. 394/2006

1. Premessa

La tradizionale cautela della Corte costituzionale nel vaglio di ragionevolezza sulle fattispecie penali, ove possano discenderne effetti *in malam partem*, registra una singolare eccezione nell'ipotesi in cui oggetto di sindacato siano *norme penali di favore*: in tali casi, infatti, le traiettorie della politica criminale – lungi dall'essere garantite dalla riserva stabilita dall'art. 28 l. n. 87/1953 – possono essere intercettate e corrette, elidendo la norma irragionevolmente discriminatoria *in melius* e facendo rivivere, dunque, l'eventuale disciplina generale, applicabile nel giudizio *a quo* ancorché più sfavorevole.

Questo, in estrema sintesi, il contenuto della importante pronuncia in epigrafe, che – approfondendo un solco inaugurato almeno a far data dalla sentenza n. 148/1983 – interviene con una accurata decisione di accoglimento su un tema delicato, ma nevralgico, che negli ultimi anni ha riaperto tanto il dibattito della dottrina^[1] quanto l'interesse della giurisprudenza: basti pensare, da un lato, alle vicende del c.d. lodo Maccanico (l. n. 140/03) culminate – dopo la pronuncia di illegittimità della sospensione dei processi per le “alte cariche dello Stato” (la n. 24/2004, sull'art. 1) – in una pronuncia interpretativa di rigetto (la n. 120/04, sull'art. 3, co. 1°)^[2] con la quale la Corte – non senza forzature – ha tentato di riallineare la disposizione sull'immunità dei parlamentari con i parametri costituzionali; e, dall'altro, a quelle – forse ancor più travagliate – della riforma del “falso in bilancio” (d.lgs. n. 61/2002), che ha sollecitato – come noto – questioni di ragionevolezza “interna” e “comunitaria” prontamente sollecitate da un cospicuo drappello di giudici di merito, e portate all'attenzione della Consulta (che le ha declinate con la sentenza n. 161/2004) e, contemporaneamente, della stessa Corte di Giustizia della CE (che ha risposto con la sentenza CGCE 3 maggio 2005, nei proc. riuniti C-387/02, C-391/02, C-403/02, Berlusconi ed altri;^[3] dopo tale sentenza, la Corte Costituzionale, che aveva sospeso il giudizio in attesa della pronuncia curiale con l'ordinanza n. 165/2004, è poi intervenuta con l'ordinanza n. 70/2006, restituendo gli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*).^[4]

2. Le norme oggetto della declaratoria di illegittimità

L'occasione per gettare nuova luce sul controverso argomento è offerta da una recente modifica che ha interessato il settore, apparentemente periferico, dei reati di falso elettorale: le diverse ordinanze di rimessione (G.i.p. di Pescara, Trib. di Firenze, Trib. Pescara, Trib. Roma), sottopongono all'attenzione della Corte l'art. 1 della legge 2 marzo 2004, n. 61 (“Norme in materia di reati elettorali”), nella parte in cui ha sostituito il terzo comma dell'art. 90 del d.p.r. 16 maggio 1960, n. 570 (“Testo unico per la composizione e la elezione degli organi delle amministrazioni comunali”), e il terzo comma dell'art. 100 del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361 (“Approvazione del testo unico delle leggi recanti norme per la elezione della Camera dei deputati”), introducendo una disciplina penale *speciale*, e significativamente *attenuata* rispetto a fattispecie di falso assimilabili, per l'ipotesi in cui la falsità abbia ad oggetto “l'autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori e di candidati” ovvero consista nella falsa formazione, in tutto o in parte, di liste di elettori o di candidati.

Pur con sfumature diverse, i remittenti dubitano, in particolare, che sia conforme a ragionevolezza (art. 3 Cost.) la scelta di aver predisposto – tanto nei casi in cui la falsità concerne le certificazioni e/o autenticazioni del pubblico ufficiale necessarie alla presentazione delle candidature, quanto nei casi ove concerne le dichiarazioni e sottoscrizioni del “privato” (ad es., il “presentatore della lista”) - una fattispecie *contravvenzionale*, sanzionata con la sola pena dell’*ammenda*, e cioè un trattamento sanzionatorio significativamente diverso, e più blando, rispetto a quello ben più corposo stabilito, da un lato, per “falsità in atti fidefacienti suscettivi della medesima efficacia”, punite invece come *delitto* e con pena *detentiva* nel codice, agli artt. 476 e 479 c.p. (ove pure le false attestazioni concernenti la propria identità, simmetricamente, hanno natura di delitto punito con la reclusione: artt. 494 e 495 c.p.); e, dall’altro, a quello previsto anche per le condotte di falsa formazione o alterazione di qualunque altro atto concernente le operazioni elettorali (diverso da quelli citati), di “sostituzione alterazione o distruzione” di qualunque atto concernente le operazioni medesime, e persino di *uso* di atti falsificati (ancorché tali ultime condotte possano avere ad oggetto le stesse liste di elettori e candidati), condotte tutte punite con la reclusione da uno a sei anni tanto dall’art. 90, co. 2, d.p.r. n. 570/1960, quanto dall’art. 100, co. 2, d.p.r. n. 361/1957 (non modificati dalla l. 61/2004).

Nelle argomentazioni delle questioni proposte, peraltro, la stessa opzione risulterebbe irragionevole anche nell’aver parificato all’interno di una medesima cornice sanzionatoria condotte del tutto eterogenee - la falsità certificativa del pubblico ufficiale come la falsa dichiarazione del privato -, e connotate da un disvalore non certo assimilabile (e differenziato, infatti, anche nel codice: art. 479 vs art. 495 c.p.).

La Corte – dichiarate manifestamente inammissibili due delle ordinanze di rimessione - ritiene la questione rilevante e, nel merito, fondata la doglianza di illegittimità, non considerando proponibile alcuna interpretazione “adequatrice” della norma oggetto di giudizio (interpretazione peraltro avanzata in altra ipotesi di sospetta irragionevolezza “per difetto” della disciplina più mite apparentemente speciale, negando appunto il rapporto di specialità: cfr. ordinanza n. 433/1998, in relazione al rapporto fra l’art. 640-*bis* c.p. e l’ipotesi speciale di truffa, dalla Corte ritenuta *sussidiaria*, di cui all’art. 2, co. 1°, della l. n. 898/1986).

Molte le questioni di interesse, e i nodi problematici sottesi alla decisione in commento; nello spazio di queste brevi note è possibile solo segnalare gli aspetti più rilevanti di una motivazione assai ricca e articolata, ed approfondire, in particolare, quelli che appaiono maggiormente innovativi e problematici.

In particolare: la definizione di “norma penale di favore”, e i confini del sindacato di legittimità; la puntualizzazione dei principi di diritto intertemporale ricorrenti nel caso di specie (principio di irretroattività e principio dell’applicazione retroattiva della legge più favorevole), del loro statuto costituzionale e della loro bilanciabilità con principi eventualmente configgenti (profili direttamente incidenti sul requisito della *rilevanza* nel giudizio *a quo*); infine, il percorso logico seguito nell’argomentazione sul “merito”, centrata sull’indagine circa la fisionomia e il rango degli interessi in gioco, quale peculiare “punto di vista rilevante” del controllo di ragionevolezza in materia penale.

3. La definizione di norme penali di favore e il limite del sindacato della Corte

Il primo aspetto di particolare interesse concerne l’ammissibilità delle questioni aventi ad oggetto “*norme penali di favore*” in relazione alla peculiarità del *petitum*, dovendosi valutare la ricaduta *in malam partem* della pronuncia richiesta al cospetto tanto del principio di legalità dei reati e delle

pene (tradizionalmente assunto a limite invalicabile dei poteri della Corte), quanto dei principi che regolano i rapporti intertemporali in materia penale.

Al riguardo, la Corte richiama espressamente, anzitutto, la “dottrina” della sentenza n. 148/1983^[5] (ove per la prima volta – riconosciuta l’esigenza di evitare la creazione di “zone franche” nell’ordinamento, sottratte al controllo di cosituzionalità – si chiarirono le ragioni dell’ammissibilità dello scrutinio su disposizioni penali di favore),^[6] e ribadisce che, in tali casi, “la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva”, poiché “l’effetto *in malam partem* non discende dall’introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giuridica lesiva dei parametri costituzionali (...)” ma “rappresenta (...) una conseguenza dell’automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria”. In altri termini, se per norme di favore devono intendersi – come ritiene la Corte – quelle “norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall’applicazione di norme generali o comuni” (quale che sia la soluzione tecnica prescelta: previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite), nell’ipotesi di dichiarazione di illegittimità il monopolio sull’opzione punitiva resterebbe comunque nelle mani del Parlamento – in forza della riespansione della *lex generalis* – e non risulterebbe espropriato da un organo, la Corte, estraneo al circuito della legittimazione democratica.

Questa affermazione, tuttavia, acquista valore problematico alla luce di due puntualizzazioni – la prima già affermata, la seconda, a quanto consta, del tutto nuova – sulle quali è possibile avanzare qualche ulteriore osservazione.

In primo luogo, richiamando la sent. n. 161/2004 (in materia di “falso in bilancio”), si precisa che in tale categoria rientrano solo “norme che “sottraggono” una certa classe di soggetti o di condotte dall’ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva”, e non già “norme che “delimitano” l’area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato”; specificando altresì che queste ultime non possono essere sindacate, giacché esprimono “una valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno di pena”, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico criminale”.

Una tale distinzione – norme che *sottraggono* “soggetti” o “condotte” vs norme che *delimitano* – può risultare agevole in alcuni casi, conducendo ad esiti non particolarmente problematici: basti pensare, da un lato, ad una fattispecie irragionevolmente discriminatoria *ratione subiecti* (sottrazione sicuramente “giustiziabile”, che richiama il “nucleo forte” dell’art. 3, co. 1° Cost.), o all’opposto, ad una norma in cui la tipicità, e il relativo coefficiente di determinatezza, risultino ispessite mediante peculiari elementi delimitativi (oggettivi o soggettivi). Proprio a quest’ultimo riguardo, la Corte – ad esempio – ha di recente dichiarato manifestamente inammissibile una questione di illegittimità sollevata nei confronti della fattispecie di abuso d’ufficio, con peculiare riferimento al dolo *intenzionale*, ritenuto dal remittente tale da circoscrivere eccessivamente l’ambito applicativo, e dunque lo stesso spettro di tutela (ordinanza n. 251/2006).

Altre volte, invece, la perdurante imprecisione della distinzione può prestarsi ad ambiguità e ad esiti contraddittori, specie se le norme che sottraggono (come tali “giustiziabili”) possono concernere – come afferma la Corte – non solo *soggetti* ma anche *condotte*:^[7] basti por mente proprio all’ipotesi – che traspare in filigrana nelle motivazioni – dei reati di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.) e, in particolare, alle soglie di rilevanza percentuali introdotte con la riforma del 2002, ossia ad elementi che – se da un lato “delimitano” la fattispecie sul piano oggettivo, tipizzando la falsità penalmente rilevante – dall’altro, e al contempo, indubbiamente “sottraggono” una classe di condotte all’applicazione della norma stessa; esprimendo, di fatto, una scelta di selezione frutto della medesima decisione politica che il legislatore compie, con diverso procedimento, quando apparentemente sovrappone due norme, facendo in realtà leva sulla

prevalenza della *lex specialis*.

In altri termini, anche nel caso di elementi delimitativi, non si vede per quale ragione – se la peculiare scelta di delimitazione si dimostrasse ingiustificata, e, pertanto, costituzionalmente illegittima alla luce dei diversi parametri giuridico-dimostrativi alla volta in rilievo – il sindacato di costituzionalità, ammesso per le “ipotesi di sottrazione”, dovrebbe essere escluso, sol perché la pronuncia farebbe riespandere la stessa (e non un'altra) fattispecie “base”; né si vede per quale ragione, da diversa prospettiva, l'onere di motivazione sulla ragionevolezza della deflessione punitiva debba essere escluso in relazione a talune ipotesi che – detratto (o aggiunto) un elemento specializzante - vengono comunemente attratte nell'area di legittimazione penale, ove appunto l'elemento specializzante sia di per sé incapace di significare un disvalore *ragionevolmente* differenziato del “fatto” (o di meritare una autonoma e differente valutazione in termini di sussidiarietà dell'intervento penale).^[8]

In secondo luogo – con un originale *obiter dictum* - si afferma che “la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione *fra due o più norme compresenti nell'ordinamento* in un dato momento: rimanendo escluso che detta qualificazione possa essere fatta discendere dal raffronto *tra una norma vigente ed una norma anteriore*, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In tal caso, difatti, la richiesta di sindacato *in malam partem* mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte”.

Anche qui, l'esemplificazione più recente sembra essere la riforma del “falso in bilancio”, dove la novazione legislativa “di favore” – da più parti censurata come irragionevole – risultava tale, in particolare, alla luce del confronto con la precedente più severa disciplina.

Ma se è chiaro il riferimento implicito, la perentoria apposizione di termini si dimostra, anche in questo caso, problematica.

Perentoria, anzitutto: perché il criterio della *compresenza* sembra legittimare un sindacato confinato alla sola verifica della ragionevolezza-uguaglianza (il tradizionale modello triadico centrato sull'art. 3 Cost., il cui primo sintomo è appunto la coesistenza di discipline asimmetriche per casi analoghi), escludendo una ricostruzione della “norma di favore” alla luce di una valutazione della ragionevolezza in termini più complessi e articolati (capace cioè di dar corpo a diverse istanze di razionalità rispetto ai valori e agli scopi, di adeguatezza, di proporzione, etc.), e vagliata, in particolare, alla luce di diversi e ulteriori “principi costituzionali materiali” (basti pensare al tenore delle questioni sulla “ritrazione” dei presidi penali in tema di aborto, a suo tempo dichiarate inammissibili da Corte cost. n. 108/1981).^[9]

Problematica, perché non chiarisce cosa debba intendersi per *compresenza nell'ordinamento*, in particolare sotto il profilo dell'attuale fisionomia “reticolare” del sistema delle fonti (un sistema dove appare anfibologica e in continua evoluzione la stessa nozione di “ordinamento”, ormai scomposta in una conclamata “pluralità”^[10]).

Si ponga – ad esempio - il caso in cui la natura di norma di favore appaia sì dal confronto con la norma antecedente, ma la stessa risulti trasposizione di un obbligo comunitario (norma *compresente* nell'ordinamento giuridico *complessivo*).

Si tratta, come noto, di un chiasmo ancora non verificatosi – almeno nei precisi termini qui prospettati - perché gli *obblighi di tutela* di matrice comunitaria, pur catalizzati dal principio di cui all'art. 10 TCE, non si sono ancora tradotti in specifici obblighi di tutela *penale* (essendo peraltro le stesse direttive insuscettibili di per sé, e indipendentemente da un atto di trasposizione interno, di determinare o aggravare la responsabilità penale dei singoli).^[11] Tuttavia, la questione è di

imminente attualità e, per così dire, *de iure iam condito*: secondo la prospettiva espressamente dischiusa dalla sentenza della Corte di giustizia 13 settembre 2005 (C-176/03), in materia di ambiente, le direttive potranno infatti disciplinare anche il comparto sanzionatorio penale, intervenendo a definire tanto gli elementi del precetto quanto le tariffe della pena (minimi e massimi edittali).^[12] Se è così, si potrà declinare il caso dell'inadempimento sopravvenuto "per difetto" dell'obbligo comunitario sul paradigma del sindacato delle norme di favore, come ricostruito nella decisione in commento: in particolare, nel caso in cui una direttiva (che definisca anche il "modo di disciplina" penale) sia stata prima correttamente trasposta da una norma nazionale "adeguata", e successivamente sostituita con una "norma di favore" ("comunitariamente illegittima"), lo scenario che si apre è quello di una *compresenza* tra norme "asimmetriche" nel quadro dell'ordinamento giuridico complessivo. Dovendosi stabilire, in particolare, se la eventuale novazione "di favore", possa essere giudicata illegittima – alla luce degli artt. 11 e 117 Cost. - perché contrastante con il vincolo comunitario, e, in caso affermativo, se faccia "riespandere" la vecchia fattispecie, introdotta con la normativa attuativa o comunque conforme alle sovraordinate pretese comunitarie, specifiche e precipuamente *penali*.

Si noti che la risposta negativa aprirebbe uno iato non solo dal punto di vista dell'obbligo di *fidelité communautaire* (con relativa procedura di infrazione, se del caso: artt. 226 ss. TCE), ma anche dal punto di vista della stessa ragionevolezza "comunitaria", perché le medesime condotte, coperte da un obbligo di tutela di matrice europea, verrebbero punite in modo differente nei diversi Stati membri (posto che questi, come è lecito attendersi, abbiano dato corretta attuazione allo specifico *input* punitivo comunitario). A quanto sembra, il giudice costituzionale nazionale dovrebbe – verosimilmente - acclarare e correggere l'asimmetria; anche se è comprensibile che ciò possa apparire una forte tensione – o uno *stress* eccessivo - per il principio riserva di legge statale (*nullum crimen sine lege parlamentaria*), almeno fino a quando non vi sarà una espressa attribuzione di competenze penali alla Comunità da parte dei singoli Stati.^[13]

In quest'ultima prospettiva, può forse essere di monito la costante supremazia riconosciuta, finora, alla legge statale rispetto alla legge regionale in altro - e pur diverso - contesto dove "il monopolio delle vicende costitutive della punibilità" si innesta su un riparto di competenze normative: dove la Consulta, in particolare, è apparsa ferma nel negare alle Regioni la possibilità di ridiscutere presupposti e limiti della scelta punitiva statale sia nel caso in cui la disciplina locale fosse più favorevole (restringendo l'ambito della fattispecie punitiva),^[14] sia, all'opposto, nel caso in cui si reclamasse l'illegittimità della peculiare disciplina penale di favore sopravvenuta di origine statale.^[15]

4. Il principio della applicazione retroattiva della *lex mitior* e il problema della rilevanza nel giudizio a quo

Comunque sia, rilevato che – alla luce della definizione offerta – "la natura di norme penali di favore delle disposizioni (...) impugnate risulta palese" - anche in forza del rapporto di specialità (art. 15 c.p.) che ne garantisce la prevalenza sia rispetto alle altre ipotesi di falsità previste nelle stesse leggi speciali, sia rispetto alle corrispettive fattispecie codicistiche -, ed affermata, quindi, la possibilità di pronunciare l'illegittimità alla luce del principio di ragionevolezza, la Corte si impegna a considerare gli effetti della pronuncia dal punto di vista dei principi che regolano la successione di norme penali nel tempo; questione che – come accennato – risulta passaggio necessario per risolvere il problema della *rilevanza* nel giudizio *a quo*.^[16]

Al riguardo, opportunamente si ritiene di dover distinguere l'ipotesi in cui il fatto oggetto di giudizio sia stato commesso "sotto l'impero della norma penale di favore", dall'ipotesi, radicalmente differente, in cui il fatto sia stato commesso nella vigenza della vecchia, più severa,

disciplina.

Il primo caso deve essere sorvegliato nella prospettiva del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole (art. 25 co. 2° Cost.); ma neppure l'“assoluta intangibilità” di tale principio paralizza il requisito della *rilevanza*, posto che la pronuncia richiesta - secondo quanto affermato sin dalla sentenza n. 148/1983 - potrebbe comunque influire sull'esercizio della funzione giurisdizionale. Ciò, in particolare, sotto un triplice profilo: “In primo luogo, incidendo sulle formule di proscioglimento, o quanto meno sui dispositivi delle sentenze penali, i quali dovrebbero impernarsi sul primo comma dell'art. 2 c.p., anziché sulla disposizione annullata. In secondo luogo, perché anche le norme penali di favore fanno parte del sistema, e lo stabilire in qual modo il sistema potrebbe reagire al loro annullamento è problema che i singoli giudici debbono affrontare caso per caso. In terzo luogo e da ultimo, perché non può escludersi che il giudizio della Corte sulla norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (...) o con una pronuncia correttiva delle premesse esegetiche su cui si fonda l'ordinanza di rimessione: donde una serie di decisioni suscettibili di influire sugli esiti del giudizio penale pendente”.

Diversamente, nel secondo caso – quello dei c.d. fatti *pregressi* – non entra in gioco il principio di irretroattività, bensì il diverso principio dell'applicazione retroattiva della norma penale più mite. Si apre, a questo riguardo, la difficile ma necessaria ricognizione della consistenza “costituzionale” del principio in rilievo, e della sua “bilanciabilità” con altre istanze configgenti; profilo su cui peraltro si era già pronunciata – pur in estrema sintesi – anche la decisione immediatamente precedente, ossia la sent. n. 393/2006 sulla c.d. legge ex-Cirielli.^[17] Ed è qui che la Corte, ripercorsa la normativa internazionale (art. 15 *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*; art. 49 *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, la quale – ancorché priva di efficacia giuridica – viene riconosciuta “espressiva di principi comuni agli ordinamenti europei”), e radicato il principio della *lex mitior* non già sul (l'insussistente) collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale (garantita piuttosto dalla non retroattività) bensì sul principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), giunge all'esito più innovativo: mentre il principio di irretroattività si connota “come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali”, il principio della *lex mitior* “deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli”. Ciò, in particolare, quando la norma sopravvenuta e più favorevole sia costituzionalmente illegittima, e cioè non risulti “validamente emanata” o sul piano formale della regolarità del procedimento dell'atto legislativo che l'ha introdotta, ovvero “sul piano sostanziale dei valori espressi dalle norme costituzionali”. In altri termini: lo specifico profilo di garanzia in esame - ancorché stabilizzato, come pare, al livello del *maximum standard* riconosciuto nell'ordinamento europeo (cfr. sul punto l'*obiter dictum* della sentenza CGCE 3 maggio 2005, cit.) – lungi dall'essere insuscettivo di bilanciamento, trova un *limite* nella *legittimità* formale o sostanziale della *lex mitior*, poiché altrimenti sarebbe di fatto negata la stessa *ratio* di uguaglianza sostanziale che il principio esprime, e non vi sarebbe ragione – affermando l'applicazione retroattiva della norma *favorevole*, ma *illegittima* - di derogare all'ipotesi alla regola sancita dall'art. 136, 1° comma, Cost., e dall'art. 30, terzo comma, l. n. 87/1953.

E si tratta di una affermazione originale, benché in linea con premesse già esplicitate in precedenti pronunce che – sulla sia della citata sent. n. 148/1983 – hanno escluso, ad esempio, la retroattività della *lex mitior* introdotta con decreto-legge non convertito (fino alla parziale illegittimità dell'art. 2 c.p.: sent. n. 51/1985), ovvero hanno comunque ritenuto tale profilo non decisivo per inibire la questione di legittimità della norma penale regionale “di favore” (cfr., ad es., sent. n. 124/1990 e n. 167/1993).

5. Le ragioni di accoglimento nel “merito”: il rango costituzionali degli interessi in gioco e l'irragionevolezza di una tutela “depotenziata”

E' su queste basi che si passa, nel "merito", ad analizzare i profili di (il-)legittimità sostanziale della disciplina censurata, focalizzando il controllo di ragionevolezza della "norma di favore" direttamente su una ricognizione degli interessi in gioco.

In particolare, si afferma che nelle ipotesi speciali di falso considerate "il bene finale tutelato è di rango particolarmente elevato, anche sul piano della rilevanza costituzionale, in quanto intimamente connesso al principio democratico della rappresentatività popolare: trattandosi di assicurare il regolare svolgimento delle operazioni elettorali ed il libero ed efficace esercizio del diritto di voto"; ed è soprattutto questa indagine sui contenuti della tutela – *inter alia* – a fondare la irragionevolezza della disparità trattamentale, evidenziata dall'aver previsto, nel caso di specie, una contravvenzione obblabile (art. 162 c.p.), rispetto alle ipotesi delittuose - accompagnate da quadri sanzionatori (e da un conseguente regime) ben più severi - previste nel codice come nello stesso contesto dei "reati elettorali", per falsità peraltro del tutto assimilabili anche sotto il profilo del "disvalore di condotta".

Nello sviluppo argomentativo seguito - preme rilevare - il parametro costituzionale della ragionevolezza è così innestato su una valutazione della meritevolezza di tutela del bene giuridico che passa attraverso una precisa fisionomizzazione costituzionale dello stesso, riconoscendo la "valenza probatoria" delle certificazioni nelle competizioni elettorali quale interesse *strumentale* alla tutela di un bene *finale* "di rango particolarmente elevato", e precisamente inquadrabile nel diagramma valorativo della Carta fondamentale (art. 48 Cost.).

Vi è dunque un richiamo, neanche troppo remoto, alla celebre tesi che assume la dimensione costituzionale dell'oggetto di tutela come base giustificativa della peculiare (scelta di) tutela penale.^[18] pur se il richiamo stesso – con una qualche eterogenesi dei fini rispetto allo spirito di fondo di quella impostazione - viene ritenuto decisivo per rendere plausibile una equiparazione dell'assetto sanzionatorio *verso l'alto*, censurando la norma irragionevole "per difetto"; con una evocazione – se non di un autentico "obbligo costituzionale di tutela penale"^[19] – quantomeno di un "obbligo di medesima tutela penale", capace di delegittimare una scelta di differenziazione punitiva *in mitius* "irragionevole sul piano dei valori".^[20] In quest'ottica, infatti, se l'indagine sul bene giuridico avesse condotto ad esiti meno sicuri dal punto di vista della quotazione costituzionale, ne sarebbe discesa – quantomeno - la non implausibilità della scelta di "abbattimento" sanzionatorio.

Ognuno vede, secondo questa prospettiva, quali conseguenze potrebbero derivarne tanto sul piano politico-criminale quanto sul piano della stessa verifica della legittimità costituzionale delle scelte legislative dal punto di vista "contenutistico".^[21]

Tuttavia, percorrerla coerentemente significa anzitutto verificare a quali risultati porterebbe, nel contesto più generale della disciplina dei falsi, una ricognizione grandangolare sulla consistenza degli interessi "in gioco", simile a quella condotta, con apprezzabile sforzo ricostruttivo, nella decisione in commento. E si può a ragione dubitare che il panorama di generalizzato e spesso immotivato rigore emergente nel titolo VII del libro II del codice penale ("Delitti contro la fede pubblica"), come anche in discipline settoriali dove vengono punite le più diverse falsità, possa essere liquidato come *legittimo* assumendo a punto di fuga il generico e spesso inafferrabile oggetto giuridico categoriale della "fede pubblica", a prescindere cioè da ulteriori e più significative istanze di tutela di caratura costituzionale.

Ma una indagine tanto penetrante e faticosa sembra ancora sfuggire al raggio valutativo della Corte, che finora non ha utilizzato – se non in casi sporadici e affatto periferici (sent. n. 189/1987) – argomentazioni direttamente orientate al rango (costituzionale o meno) del bene giuridico, e al principio di offensività, per fondare una declaratoria di illegittimità di opzioni incriminatrici poste a tutela di beni/interessi/valori di dubbia consistenza (pur utilizzando a tal fine, in alcuni casi, il richiamo generico alla ragionevolezza, senza tuttavia chiarirne i reali codici valutativi: sent. n. 360/1995; n. 370/1996; n. 354/2002).

Nella sentenza in commento, tuttavia, l'indagine tanto diffusa e puntuale sulla quotazione costituzionale del bene giuridico – tale da non giustificare deflessioni sanzionatorie *in melius* rispetto a casi “simili” – può forse preludere a sviluppi ulteriori, e a controlli più sorvegliati: controlli che - una volta “sdrammatizzato” il limite della *political question* al cospetto di “norme di favore” - sarebbero forse (stati) doverosi, in primo luogo, sulle fattispecie qui assunte a *tertia comparationis*; e che, più in generale, sarebbe lecito attendersi ogni volta che vengano sollecitate questioni sulla legittimità dell'opzione penale dal punto di vista contenutistico, anche dove non si tratti di colmare pretese lacune di tutela, ma di invalidare *tout court* scelte punitive *positive* del legislatore.

6. Osservazioni conclusive

Per lungo tempo, il diritto penale ha pensato sé stesso e si è affermato come *ius exceptum*, come strumento repressivo perentorio e non dialogico, ed ha fatto discendere dal primato dell'autorità pubblica sull'individuo il “corollario” dell'insindacabilità giuridica delle scelte politiche, sottraendole – più o meno dichiaratamente - ad ogni controllo di razionalità o ragionevolezza, così come ad ogni verifica scientifica sugli impatti applicativi delle incriminazioni.^[22]

Negli ultimi tempi, questo scenario appare avviato al cambiamento: anche la sentenza n. 394/2006 conferma appunto che non vi sono aree inaccessibili alla valutazione di ragionevolezza, pur ove questa consista non già in una semplice bonifica di asimmetrie disciplinari macroscopiche “tra fattispecie per ogni aspetto analoghe”, ma intervenga a ridiscutere l'opzione legislativa indagando, alla radice, la meritevolezza di tutela degli interessi offesi dai comportamenti “irragionevolmente” privilegiati.

Se pure restano ancora punti non chiariti, e profili di indubbia problematicità,^[23] si tratta di una progressione importante, perché – recuperando il *continuum* più prezioso della scienza penalistica italiana nell'approccio costituzionale^[24] – dimostra quanto sia fragile il significato garantistico della riserva di legge se la si intende in senso formale, e testimonia la necessità di valorizzarne, anzitutto, la dimensione *sostanziale*;^[25] dimensione che si può conseguire unicamente grazie al controllo *democratico* sul contenuto delle soluzioni prese in sede parlamentare.^[26]

[1] Si vedano, ad es., DOLCINI, *Leggi penali “ad personam”, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, RIDPP, 2004, 50 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 151 s.; VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di PACE, Milano, 2006, 1021 ss., 1048 ss..

[2] In *Diritto & Giustizia*, n. 18/2004, 14 ss., con nota di PUGIOTTO.

[3] In *Cass. pen.*, 2005, 2764 ss., con commento di INSOLERA-MANES.

[4] Sul tema, da diverse prospettive, si rinvia ai contributi raccolti in BIN-BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI [a cura di], *Ai confini del “favor rei”*, Torino, 2005, anche per l'approfondimento di profili strettamente riconnessi al caso qui analizzato.

[5] In *Foro it.*, 1983, I, c. 1800 ss., con nota di GIRONI e PULITANÒ; sulla scia della “dottrina” della sent. n. 148/1983, cfr., ad es. Corte cost. n. 826/1988; nn. 167 e 194/1993; n. 124/1990; n. 25/1994.

[6] Accogliendo il monito di una attenta dottrina, che aveva prontamente sollecitato attenzione sulle “norme penali di favore, le quali possono introdurre odiosi privilegi e discriminazioni”: BRICOLA, *Il 2° e 3° comma dell’art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, 275 ss. (ora anche in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrai-Melchionda, vol. I, Tomo II, Milano, 1997, 1273 ss.)

[7] Cfr., sul punto, le osservazioni critiche di INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2002, 55 ss.

[8] Riprendendo l’esempio delle soglie di punibilità in materia di falso in bilancio, diverrebbe dunque dirimente valutare la ragionevolezza della scelta selettiva in relazione alla tipologia dell’interesse protetto, e al grado dell’offesa: una volta ammessa la *meritevolezza* e il *bisogno* di tutela penale in relazione al bene *trasparenza societaria*, come *autonoma* scelta di politica criminale (peraltro suscettibile di legittimazione alla luce di un corretto inquadramento costituzionale, visualizzandolo quale presidio fondamentale per tutela del risparmio *ex art. 47 Cost.*) e, come tale, già collaudata sotto il profilo della sussidiarietà, dovrebbe dunque motivarsi una (per vero difficile) giustificazione dei limiti percentuali di rilevanza del (-la somma oggetto di) mendacio alla luce del venir meno, nelle ipotesi emarginate, della stessa esigenza di tutela, ovvero - quantomeno - alla luce di un *controinteresse* del medesimo rilievo.

[9] Una tale ricostruzione del principio di ragionevolezza, declinata su paradigmi diversi ed ulteriori rispetto all’originario modello triadico centrato sull’art. 3 Cost. (ragionevolezza-uguaglianza), appare ormai pienamente dispiegata, e forse dominante, nel panorama della letteratura costituzionalistica più recente: per tutti, SCACCIA, *Gli strumenti della “ragionevolezza” nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; *Id.*, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 4805 ss.; MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, in ptc. 145 ss., 275 ss., e, soprattutto, 385 ss.; AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002.

[10] Sul punto, si rinvia al recente affresco di GROSSI, voce *Ordinamento*, in *Jus*, n. 1/2006, 5 ss., 11 ss.

[11] Da ultimo, CGCE 3 maggio 2005, cit.. Sul punto, per un inquadramento problematico, cfr. tuttavia SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *RIDPP*, 2002, 171 ss.

[12] Per un primo, ampio commento, cfr. MANNOZZI-CONSULICH, *Principio di legalità e politica dei beni giuridici nella sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee in tema di ambiente*, relazione presentata al convegno di studi su *Illeciti finanziari nella legislazione europea. OLAF ed il risarcimento del danno*, Erba, 21-22 aprile 2006, in corso di pubblicazione; inoltre, VIGANÒ, *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, n. 2/2006.

[13] Per tutti, con fermezza, INSOLERA, *Democrazia ragione e prevaricazione*, cit., 59 ss.

[14] Cfr., *ex plurimis*, il perentorio confine stabilito – sulla base di diffuse argomentazioni – già da Corte cost. n. 487/1989, dove la questione concerneva la possibilità, negata dalla Consulta, di estendere con legge regionale una causa di estinzione del reato prevista con legge parlamentare, profilando dunque un effetto *in bonam partem*.

[15] Cfr. di recente Corte cost. n. 183/06, dove i giudici hanno rigettato il ricorso della Regione Toscana avente ad oggetto la presunta illegittimità della previsione statale di una causa estintiva in materia di edilizia, chiedendo dunque una pronuncia che avrebbe dunque avuto conseguenze *in malam partem*.

[16] L’assunto tradizionale, infatti, assumeva “l’aspetto (...) processuale della non rilevanza come conseguenza logica e, quindi, riprova, dell’aspetto garantista dei principi costituzionali in materia

penale (...), nel senso che – essendo la norma costituzionale volta a garantire il cittadino dall'eventualmente illegittima limitazione della libertà conseguente alla previsione penale – ogni eccezione che si profila come sfavorevole è, non solo *irrilevante* e quindi inammissibile sotto il profilo processuale, ma è altresì infondata proprio in quanto contraria ai contenuti precettivi della norma costituzionale”: in questi termini, prelundendo ad una riconsiderazione critica di tale impostazione, e proponendone una revisione differenziata e maggiormente problematica, cfr. già STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, RIDPP, 1984, 625 ss., 633 s.

[17] Cfr. Corte cost. n. 393/2006 (in *Diritto & Giustizia*, n. 45/2006, 50 ss., con nota critica di FERRUA), § 6, dove, dopo aver escluso che il principio della *lex mitior*, e segnatamente la sua retroattività, abbia cittadinanza costituzionale entro la garanzia dell'art. 25 co. 2° Cost., si afferma, anzitutto, che “da ciò discende che eventuali deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, ai sensi dell'art. 3 Cost., possono essere disposte dalla legge ordinaria quando ricorra una sufficiente ragione giustificativa”. Ciò premesso, si rileva in particolare che - alla luce della normativa internazionale e comunitaria (e della stessa giurisprudenza della Corte di giustizia CE) – tale principio è la regola e che “il valore da esso tutelato può essere sacrificato da una legge ordinaria solo in favore di interessi di analogo rilievo” (peraltro riconosciuti – mediante il richiamo esemplificativo ad altri precedenti decisioni – in quelli dell'efficienza del processo, della salvaguardia dei diritti dei soggetti che, in vario modo, sono destinatari della funzione giurisdizionale, e quelli che coinvolgono interessi o esigenze dell'intera collettività nazionale connessi a valori costituzionali di primario rilievo), precisando ulteriormente che – in materia di prescrizione – la deroga risulta ammissibile solo se “coerente con la funzione che l'ordinamento oggettivamente assegna all'istituto, ma anche diretta a tutelare interessi di non minore rilevanza”. Ed è su queste basi che – ritenuto irragionevole il momento della “dichiarazione di apertura del dibattito di primo grado” originariamente stabilito come termine *ad quem* per l'estensione della disciplina più favorevole riconducibile ai più brevi termini prescrizionali introdotti dalla legge n. 251/2006 per talune categorie di reati – si ritiene di dichiarare l'illegittimità parziale dell'art. 10 co. 3° della legge cit., estendendo l'applicabilità del nuovo regime (più favorevole) all'intera fase del giudizio di primo grado (restando impregiudicato il limite – *rebus sic stantibus* - dell'inapplicabilità ai “processi già pendenti in grado di Appello o avanti alla Corte di Cassazione”).

[18] Per tutti, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, 1973, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1973, 3 ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; su quella scia, attualizzandone le cadenze, cfr. di recente, MAZZACUVA, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, 76 ss.; inoltre, volendo, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 129 ss., 158 ss..

[19] Quello dei c.d. “obblighi costituzionali di tutela penale” (*Verfassungsrechtlichepönalisierungsbote*), quale volano capace di catalizzare una funzione promozionale del diritto penale, come tutti gli spettri è un *rêvenent*, che ha già dato corpo, a suo tempo, ad una delle critiche più graffianti alla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico (quale suo “sviluppo paradossale”: PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in RIDPP, 1983, 484 ss.), nonostante si ponesse (e tuttora si ponga) in posizione antipodica rispetto alla logica della sussidiarietà cui quella teorica (e, in particolare, la tesi bricoliana dei beni di rilievo costituzionale come presupposto per la legittimità della scelta punitiva penale) era in realtà protesa, e alle stesse funzioni che al diritto penale intendeva riconoscere (mutato l'oggetto, i termini del dibattito sono sorprendentemente attuali: cfr., oltre al citato studio di PULITANÒ, le riflessioni di STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 636 ss.). Di fatto, lo stesso BRICOLA, *Teoria del reato*, cit., 15 ss., aveva sin dall'inizio affermato recisamente che la configurazione da parte del legislatore dei fatti offensivi di valori costituzionali come reati e non come illeciti extrapenali “rimane (...) oggetto di una situazione soggettiva non doverosa”, così negando espressamente che la quotazione costituzionale di un certo bene/interesse/valore potesse rappresentare un obbligo di penalizzazione giuridicamente azionabile.

[20] Escludeva radicalmente un parallelismo tra l'ammissibilità del sindacato su norme di favore e

la teorica degli obblighi costituzionali di penalizzazione già STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 638 e *passim* (replicando, in particolare, all'impostazione di PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., 528 ss., il quale invece intravedeva la teorica stessa come avamposto concettuale di un siffatto sindacato).

[21] Sui nessi, particolarmente stringenti, tra sindacato sulle norme di favore e teorica costituzionalmente orientata del bene giuridico, cfr. soprattutto STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit., 630 ss.

[22] Cfr. DONINI, *Il diritto penale differenziato*, in corso di pubbl. in *Crit. dir.*, 2007.

[23] In questa prospettiva, i focolai di rischio sono non solo - o non tanto - quelli del rispetto del principio di legalità penale a fronte di questioni *in malam partem*, e del fantasma spettrale dei c.d. obblighi costituzionali di tutela penale; quanto quelli segnalati da chi profetizza, ormai da tempo, una "politicizzazione" della Corte, proporzionale all'ampiezza e al "grado di politicità" del suo diaframma valutativo.

[24] L'importanza dell'esperienza italiana nell'approccio costituzionale in materia penale è, di recente, autorevolmente riconosciuta e sottolineata con vigore dal vice-presidente del *Bundesverfassungsgericht*, HASSEMER, nella *Prefazione* allo studio di BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005 (pp. XIII ss.).

[25] E' da questa prospettiva che si può comprendersi appieno, dunque, il nesso tra sindacato sulle norme di favore e teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, a suo tempo valorizzato da STORTONI, *Profili costituzionali*, cit., 652, sottolineando come "il sindacato sulla non punibilità è coesistente all'affermato potere della Corte di valutare le scelte di politica criminale operate dal legislatore rispetto ai valori costituzionali".

[26] Sul punto, si rinvia da ultimo alle riflessioni di P. GROSSI, *Recensione* a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, in *Quad. fiorentini*, 2006, 1046 ss., 1053. Si può discutere, poi, se il controllo esercitato in sede di giustizia costituzionale debba essere inteso come momento propriamente interno alla forma democratica, ovvero, piuttosto, come un limite alla stessa democrazia posto a garanzia della repubblica, per evitare che essa diventi "il regime delle fazioni", dove una parte, sia pure la maggioranza, può pretendere di valere come totalità e così impadronirsi della cosa propria (con leggi che obbediscono a interessi solo di parte ovvero, persino, con leggi *ad personam*): cfr., in questo senso, G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 120 s.