



22 GENNAIO 2020

Sanzioni accessorie ai reati fallimentari:
ragionevolezza delle leggi e sindacato
costituzionale in campo economico
(Commento a C. Cost. 5 dicembre 2018, n. 222)

di Antonio Cremone

Dottore di ricerca in “Teoria delle istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento” – Università di Salerno

Sanzioni accessorie ai reati fallimentari: ragionevolezza delle leggi e sindacato costituzionale in campo economico^{*}

(Commento a C. Cost. 5 dicembre 2018, n. 222)

di Antonio Cremone

Dottore di ricerca in “Teoria delle istituzioni dello Stato tra federalismo e decentramento” – Università di Salerno

Abstract [It]: L’art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare italiana comminava sanzioni accessorie fisse decennali ai soggetti condannati per bancarotta fraudolenta. La Corte Costituzionale (sentenza n. 222/2018) ha dichiarato tale previsione incostituzionale, nella misura in cui prevedeva una sanzione fissa e non “fino a” dieci anni. Secondo l’opinione della Corte, l’assenza di flessibilità avrebbe determinato il rischio che la sanzione imposta risultasse sproporzionata (rischio già evidenziato nel 2012, dalla stessa Corte, che aveva invitato il legislatore a riformare il sistema delle pene accessorie), mentre una disposizione penale dovrebbe considerare le circostanze del caso concreto, al fine di comminare sanzioni eque. Quale diretta conseguenza, nonostante la Costituzione contempli una riserva di legge in materia penale (articolo 25), la durata delle pene accessorie alla bancarotta fraudolenta sarà individuata discrezionalmente dai giudici, caso per caso, determinando un’innequivocabile incertezza nell’applicazione della legge penale.

Abstract [En]: Article 216, last paragraph, of the Italian Bankruptcy Law imposed a ten-year fixed ancillary penalty for all those who have been convicted of fraudulent bankruptcy. The Italian Constitutional Court (judgment n. 222/2018) stated that the provision is unconstitutional, since it provided a fixed penalty rather than an “up to” ten years penalty. According to the Court ruling, the lack of flexibility resulted in a risk that the punishment imposed would be disproportionate (a risk outlined in 2012, by the same Court, who invited the legislator to reform the system of ancillary penalties), while a criminal provision should consider individual circumstances, in order to convict appropriate penalties. As a result, despite the Italian Constitution reserves any criminal punishment to the legislator (article 25), the fraudulent bankruptcy ancillary penalties duration will be discretionally determined by the judges, on a case-by-case basis, leading to an undeniable uncertainty in the application of criminal law.

Sommario: **1.** La durata decennale fissa delle sanzioni accessorie ai reati fallimentari: illegittimità costituzionale. **2.** La rilevanza della questione sollevata dal giudice *a quo*: dubbi interpretativi. **3.** La ragionevolezza della scelta legislativa, tra pene fisse e variabili. **4.** La ragionevolezza della scelta giudiziaria, tra modulazione temporale della dichiarazione di incostituzionalità, rime obbligate e leale collaborazione con il legislatore. **5.** Limiti all’esercizio dei diritti economici e correlati criteri di bilanciamento. **6.** Ragionevole discrezionalità legislativa e discrezionale ragionevolezza giudiziaria: un difficile equilibrio.

1. La durata decennale fissa delle sanzioni accessorie ai reati fallimentari: illegittimità costituzionale

La Corte di Cassazione Penale, chiamata a pronunciarsi in ordine all’applicazione degli artt. 216 ultimo comma e 223 ultimo comma del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 (Disciplina del fallimento, del

^{*} Articolo sottoposto a referendum.

concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa; di seguito anche “legge fallimentare” o “l.f.”), ha sollevato questioni di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 4, 41, 27 e 117 primo comma della Costituzione (quest’ultimo in relazione agli articoli 8 CEDU e 1 Protocollo n. 1 CEDU, entrambi ratificati e resi esecutivi con legge 4 agosto 1955 n. 848)¹.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 222 del 5 dicembre 2018 (già oggetto di commenti in chiave tipicamente penalistica²), ha ritenuto fondate le questioni sollevate, attraverso una interessante pronuncia,

¹ Cfr. ordinanza n. 37 del 17 novembre 2017 (pubblicata in G.U. n. 9, prima serie speciale, del 28 febbraio 2018), sul ricorso proposto dagli imputati dei procedimenti scaturiti dal tracollo del gruppo Parmalat, condannati per i delitti di bancarotta impropria semplice e fraudolenta, ai quali erano state comminate, oltre alle pene detentive, anche le pene accessorie dell’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e dell’incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata indifferenziata di dieci anni, in conformità al combinato disposto degli artt. 216 ultimo comma e 223 ultimo comma della legge fallimentare. Il giudice *a quo*, nel dettaglio, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 216 ultimo comma e 223 ultimo comma della legge fallimentare, nella parte in cui prevedono che alla condanna per uno dei fatti previsti in detti articoli conseguono obbligatoriamente, per la durata di dieci anni, le pene accessorie della inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e della incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, per i seguenti profili: a) la durata fissa della pena accessoria derivante dalle disposizioni censurate, così come interpretate dall’ormai univoco diritto vivente, contrasterebbe con il principio della “mobilità” della pena, e cioè con la sua tendenziale predeterminazione tra un minimo e un massimo; principio che costituirebbe corollario, da un lato, del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., per la necessità di proporzionare la pena all’effettiva entità ed alle specifiche esigenze dei singoli casi, e, dall’altro, del principio di legalità, di cui all’art. 25 secondo comma Cost., che dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali (come quelli indicati dall’art. 27 primo e terzo comma Cost.) ed in cui l’attuazione di una riparatrice giustizia retributiva esige la differenziazione più che l’unità (sentenza n. 104 del 1968) (è citata la sentenza n. 50 del 1980); b) la durata invariabile delle pene accessorie previste dalle disposizioni impugnate, che si risolvono in una incisiva ma anelastica limitazione di beni di rilevanza costituzionale, quali la libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41, il diritto al lavoro di cui all’art. 35, le finalità rieducative della pena di cui all’art. 27 secondo [recte: terzo] comma Cost., indipendentemente dall’entità della pena principale irrogata (che per la bancarotta fraudolenta può essere pari al minimo edittale di anni tre, o nettamente inferiore per effetto di circostanze attenuanti e del ricorso a riti alternativi), non sarebbe dunque in sintonia con i parametri costituzionali evocati, negando ogni spazio alla discrezionalità del giudice, necessaria al fine di «permettere l’adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete» e al loro individuale disvalore oggettivo e soggettivo; c) la disciplina legislativa censurata violerebbe, d’altra parte, anche l’art. 4 Cost., risolvendosi in una ingiustificata, indiscriminata incidenza sulla possibilità dell’interessato di esercitare il suo diritto al lavoro, non soltanto come fonte di sostentamento ma anche come strumento di sviluppo della sua personalità, e susciterebbe dubbi di conformità a Costituzione anche con riferimento all’art. 117 Cost., in relazione agli artt. 8 CEDU e 1 Prot. add. CEDU, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, secondo la quale le limitazioni derivanti dall’applicazione della pena accessoria devono considerarsi quali ingerenze nel godimento del diritto al rispetto della vita privata e, come tali, non soltanto devono essere previste dalla legge e debbono perseguire uno scopo legittimo, ma devono essere proporzionate rispetto a detto scopo, comportando la violazione del divieto di discriminazione nel godimento del diritto al rispetto della vita familiare oltre che una ingerenza nel godimento del diritto di proprietà» (è richiamata la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, terza sezione, del 23 marzo 2006, Vitiello c. Italia). Secondo la sezione rimettente, gli evidenziati profili di frizione con i principi costituzionali potrebbero in larga parte essere superati ove, eliminandosi il riferimento alla misura fissa di dieci anni, rivivesse la regola generale di cui all’art. 37 cod. pen., così consentendosi al giudice di rideterminare la durata della pena accessoria in collegamento con la pena principale inflitta e, quindi, in base a valutazioni di gravità del fatto concreto.

² Come testimoniato dai seguenti articoli: E. CORUCCI, *La determinazione della durata delle pene accessorie nel reato di bancarotta fraudolenta*, in *ilsocietario.it*, 26 febbraio 2019; ID., *È incostituzionale la durata fissa e indifferenziata delle pene accessorie nella bancarotta fraudolenta*, in *ilfallimentarista.it*, 30 gennaio 2019; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a “rime possibili”*, in *Quad. cost.*, 2019, 1, pp. 183 ss.; G. MARINO, *Bancarotta fraudolenta: la durata dell’inabilitazione all’esercizio d’impresa è incostituzionale?*, in *Dir. giust.*, 10 dicembre 2018; P. PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. processo*, 2019, 2, p. 216.

dall'articolato contenuto, che tuttavia non appare pienamente condivisibile, quantomeno per i profili pubblicistici, meritevoli di un adeguato approfondimento.

Attraverso le norme sottoposte alla Consulta, il Legislatore del 1942, pur considerando plurime figure di bancarotta fraudolenta³, non aveva escluso (secondo l'orientamento tradizionale⁴, recentemente messo in discussione⁵) l'unitarietà del delitto e, parallelamente, aveva inteso disciplinare unitariamente le conseguenze sanzionatorie accessorie approntate dall'ordinamento.

Nel dettaglio, il comma 1 dell'art. 216 l.f. prevedeva (e prevede ancora) la pena principale della reclusione da tre a dieci anni⁶, mentre il comma 4 della citata disposizione prevedeva (prima della declaratoria di incostituzionalità) pene accessorie di durata fissa decennale, consistenti nell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e nell'incapacità, per la stessa durata, di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

Da una parte, quindi, era prevista una pena flessibile, con finalità prevalentemente punitiva; dall'altra, secondo l'ormai noto automatismo delle pene accessorie⁷, veniva perseguito un intento di tipo special-preventivo, anche nell'interesse del tessuto socio-economico penalizzato dalle condotte vietate.

Giova ricordare, infatti, che: (i) il principale soggetto attivo della bancarotta fraudolenta è l'imprenditore individuale dichiarato fallito⁸, cui possono aggiungersi i soci illimitatamente responsabili (art. 222 l.f.),

³ Pre-fallimentare (art. 216 comma 1) e post-fallimentare (art. 216 comma 2), nonché patrimoniale (art. 216 comma 1 n. 1), documentare (art. 216 comma 1 n. 2) e preferenziale (art. 216 comma 3). Sulla disciplina della bancarotta fraudolenta si rinvia, estensivamente, a R. BRICCHETTI, *Reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 261 ss.; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2011; R. BRICCHETTI – R. TARGHETTI, *Bancarotta e reati societari*, Milano, 1998; P. CARNUCCIO, *I reati fallimentari*, Padova, 2016; C. CARRERI, *I reati di bancarotta*, Milano, 1993; E. CORUCCI, *La bancarotta e i reati fallimentari*, Milano, 2013; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 1999; M. LA MONICA, *I reati fallimentari*, Milano, 1999; P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Milano, 1955; A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957; A. PERINI – D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001; C. SANTORIELLO, *I reati di bancarotta*, Torino, 2000; ID., *Pluralità di fatti di bancarotta: dalle sezioni unite una ricostruzione completa*, in *Società*, 2011, pp. 1202 ss.

⁴ Come confermato, indirettamente, anche dal disposto dell'art. 219 comma 2 n. 1 l.f. che, nel disciplinare le circostanze aggravanti, ha previsto l'eventuale aumento fino alla metà delle pene stabilite nell'art. 216 l.f. se il colpevole ha commesso più fatti tra quelli ivi previsti, escludendo la configurabilità di una pluralità di reati.

⁵ In favore della tesi di coloro che invece hanno cercato di sottolineare come i comportamenti delittuosi descritti dall'art. 216 l. fall. siano in realtà estremamente eterogenei per tipologia e offensività sì da non potersene negare l'autonoma considerazione sia sotto il profilo naturalistico che delle conseguenze che ne derivano in virtù dei principi che sorreggono l'ordinamento penale e processuale (cfr. U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, op. cit., p. 544; C. SANTORIELLO, *Pluralità*, op. cit., p. 1198).

⁶ Salva l'applicazione delle circostanze attenuanti o aggravanti di cui all'art. 219 l.f.

⁷ Per la cui disamina si segnalano le seguenti trattazioni: P. DE FELICE, *Natura e funzioni delle pene accessorie*, Milano, 1988; S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986, pp. 81 ss.; P. PISA, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Milano, 1984, pp. 5 ss.; A. VIRGILIO, *Le pene accessorie nel momento attuale*, Napoli, 1991.

⁸ Ossia il titolare di un'impresa commerciale che rispetti i requisiti di cui all'art. 1 l.f., come modificato dalla riforma di cui al d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e dal c.d. "decreto correttivo" d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169 (cfr. G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, p. 1292).

l'istitutore (art. 227 l.f.), amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori (art. 223 l.f.), il consulente⁹, nonché – secondo autorevole dottrina¹⁰ – il c.d. imprenditore occulto; (ii) l'oggetto materiale della bancarotta fraudolenta patrimoniale è incentrato sull'accezione normativa “*i suoi beni*”, ovvero il patrimonio dell'imprenditore¹¹ che, ai sensi dell'art. 2740 comma 1 c.c.¹², è garanzia dei creditori.

A tale ultimo riguardo, pur essendo stato affermato che l'oggetto della tutela penale sarebbe proprio il diritto di garanzia che i creditori vantano sul patrimonio del debitore¹³ (ovvero il diritto dei creditori all'egualitaria distribuzione del patrimonio del debitore¹⁴ o ancora alla tutela del proprio patrimonio¹⁵), non è mancato chi, in una logica di più ampio respiro, ha ritenuto che rientrasse tra le finalità della norma la tutela dell'interesse sociale al corretto andamento della vita economica, del traffico commerciale e, in generale, della pubblica economia¹⁶, sostenendo che il reale danno conseguente al reato sia riscontrabile “*nel disordine, nel marasma che viene determinato dall'arresto dell'attività economico-giuridica dei pagamenti dell'azienda: fenomeno che ha dei contraccolpi di portata, di estensione e di intensità indefinita nel complesso dell'economia pubblica*”¹⁷.

Rafforza la suddetta interpretazione l'elevazione dei parametri di cui all'art. 1 comma 2 l.f., operata dal legislatore del 2006¹⁸, che restringendo le ipotesi di fallibilità (presupposto della bancarotta¹⁹) ha inteso

⁹ Che abbia agevolato o suggerito le condotte penalmente rilevanti, o ancora assistito alla conclusione dei relativi negozi o rafforzato l'intento criminoso (cfr. Cass. pen. sez. V, 10 dicembre 2015 n. 8349).

¹⁰ Che esercita di fatto un'impresa senza esserne formalmente titolare (cfr. L. CONTI, *Diritto penale commerciale, I reati fallimentari*, II, Torino, 1991, p. 40; A. SERENI, *Reati fallimentari e responsabilità personale*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, VI, Torino, 2012, 28; in giurisprudenza si segnala altresì C. App. Firenze 9 febbraio 2001, in *Giur. it.*, 2002, p. 160; *contra* G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237 l. fall.*, in F. C. PALAZZO – C. E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1162).

¹¹ Corrispondente al complesso dei rapporti giuridici economicamente valutabili, come indirettamente confermato dal tenore dell'art. 217 comma 1 n. 2 l.f.

¹² Secondo cui “*Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri*”.

¹³ Cfr. S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia commerciale*, II, Milano, 1930, p. 91; analogamente, in giurisprudenza, Cass. pen. 26 gennaio 2006, in *Riv. guard. fin.*, 6, 298, nonché Cass. pen. 12 novembre 1974, in *Riv. pen.*, 75, 105;

¹⁴ Cfr. M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, pp. 24 ss.

¹⁵ Cfr. L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, Torino, 1967, pp. 88 ss.; I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1982, pp. 23 ss.

¹⁶ Cfr. L. BOLAFFIO, *La bancarotta della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, pp. 613 ss.; G. NOTO SARDEGNA, *I reati in materia di fallimento*, Palermo, 1940, p. 63; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, pp. 485-486.

¹⁷ Così A. CANDIAN, *Della bancarotta*, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, pp. 218-219.

¹⁸ Cfr. d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e successivo d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169.

¹⁹ Questione affrontata nel secondo decennio di entrata in vigore della legge fallimentare da Cass. S.U. 25 gennaio 1958, in *GP*, 1958, II, pp. 513 ss. che, criticando la precedente giurisprudenza di legittimità, secondo cui la dichiarazione di fallimento costituiva condizione obiettiva di punibilità, evidenziò le ragioni che avrebbero dovuto portare ad escludere che la dichiarazione di fallimento potesse essere ricondotta nell'ambito dell'istituto disciplinato dall'art. 44 c.p., affermando che “*La dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta si differenzia concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie, perché mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo, essa, invece, costituisce addirittura, una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata la esistenza del reato, relativamente a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronunzia*”.

sanzionare penalmente solo le vicende che, oltre a pregiudicare gli interessi di singoli creditori, assumano dimensione e valenza macroeconomica²⁰.

In tal senso, particolarmente significativa appare una sentenza della Suprema Corte del 2007²¹ la quale, nel respingere l'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata in relazione all'eccessiva severità delle pene previste dall'art. 216 l.f., ha fatto notare che le gravissime vicende di fallimenti di notevole rilievo (tra cui proprio il crack Parmalat, sotteso alla pronuncia che qui si commenta), non possono che far ritenere che i livelli di pena siano assolutamente inadeguati alla gravità delle condotte, essendo finalizzati anche a garantire un ordinato sviluppo dell'attività economica del Paese, in modo da far crescere la fiducia degli operatori commerciali, con indubbi benefici per tutti i cittadini²².

In questo contesto si pongono le pene accessorie, la cui durata è stata oggetto nel tempo di un significativo contrasto giurisprudenziale, che ha visto contrapporsi tre tesi: da una parte quella secondo cui il legislatore avrebbe inteso individuare solo la durata massima della sanzione, con la conseguenza che il giudice avrebbe potuto commisurarne l'entità temporale ai sensi dell'art. 133 c.p.²³; dall'altra quella secondo cui la pena accessoria avrebbe dovuto essere determinata misura uguale alla pena principale ex art. 37 c.p.²⁴; da ultimo la tesi volta a sostenere la natura fissa ed inderogabile della pena accessoria²⁵.

All'interno di tale complesso quadro interpretativo si è pronunciata nel 2012 la Consulta che, pur sostenendo l'opportunità di una riforma legislativa delle pene accessorie, volta a renderle pienamente compatibili con i principi della Costituzione, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 216 ultimo comma l.f., in riferimento agli art. 3, 4, 27, comma 3, 41 e 111 Cost., nella parte in cui prevedeva l'applicazione di pene accessorie per la durata fissa di dieci anni, in quanto i rimettenti avrebbero richiesto (mediante l'aggiunta delle parole "fino a") un'addizione normativa che - essendo solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili - non avrebbe costituito una soluzione costituzionalmente obbligata, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore²⁶.

²⁰ Cfr. A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, V, Padova, 2009, p. 1179.

²¹ Cfr. Cass. pen. sez. V 18 ottobre 2007 n. 44884, in *Dir. giust. online* 2007 (con nota di Corrado), secondo cui "È manifestamente infondata la eccezione di incostituzionalità dell'art. 216 l. fall. relativamente agli art. 3, 27 e 42 cost., atteso che il principio di eguaglianza presuppone l'identità di situazioni in un contesto oggettivo: non sono pertanto pertinenti i raffronti operati tra i reati fallimentari e altre fattispecie penali (come, ad esempio, la truffa ed il reato di cui all'art. 388 c.p.), per la diversità dei beni giuridici tutelati, delle condotte perseguite e delle persone offese. Inoltre la finalità delle norme incriminatrici in materia fallimentare è del tutto differente rispetto a quelle delle disposizioni contenute nel codice penale: essa, infatti, si caratterizza per la peculiarità della connessione con le funzioni e gli scopi degli istituti fallimentari, il cui normale conseguimento è assicurato da un diverso e più appropriato sistema sanzionatorio voluto dal legislatore".

²² In tal senso, si veda M. BOCCHIOLA – A. PALUCHOWSKI (a cura di), *Codice del fallimento*, Milano, 2009, p. 1969.

²³ Cfr. Cass. pen. sez. V 31 marzo 2010 n. 23720, in *Guida dir.*, 2010, 29, 67 (con nota di Bricchetti).

²⁴ Cfr. Cass. pen. sez. V 22 gennaio 2010 n. 9672, in *Fall.*, 2010, 12, p. 1464, nonché, di recente, Cass. pen. sez. V 7 dicembre 2018 n. 1968, in *CED on line*, 2019.

²⁵ Cfr. Cass. pen. sez. V 10 giugno 2014 n. 41035, in *Cass. Pen.*, 2015, 2, p. 735.

²⁶ Cfr. C. cost. 31 maggio 2012 n. 134, in *Giur. cost.*, 2012, 3, p. 1850 (che ha richiamato i principi già espressi nell'ordinanza C. Cost. 18 luglio 2007 n. 293, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3242) nonché, in senso analogo, rilevando l'assenza

La questione, tuttavia, non appariva ancora definita, come confermato da due provvedimenti di contenuto radicalmente opposto adottati dalla Cassazione penale nel 2017; la Suprema Corte, infatti: (i) da una parte ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3, 4, 41, 27 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 CEDU e 1, Protocollo n. 1 CEDU, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 216, ultimo comma, e 223, ultimo comma, R.D. n. 267 del 1942, nella parte in cui prevedono che alla condanna per uno dei fatti previsti in detti articoli conseguono obbligatoriamente, per la durata di dieci anni, le pene accessorie della inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e della incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa²⁷; (ii) dall'altra ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 216 e 223 l.f., nella parte in cui prevedono pene accessorie in misura fissa, in riferimento ai medesimi articoli della Costituzione, in quanto il contrasto con le norme costituzionali potrebbe sussistere qualora l'illecito penale prevedesse pene fisse nel loro complesso e non, come invece per le norme richiamate, trattamenti sanzionatori che coniugano articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice²⁸.

È seguita l'ulteriore ordinanza della Cassazione n. 37 del 17 novembre 2017²⁹, in virtù della quale si è pervenuti alla dichiarazione di incostituzionalità del 2018³⁰, foriera di nuovi problemi interpretativi, acutamente sollevati da un'ordinanza della Cassazione penale del 2018, che ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite in merito all'applicazione - nella concreta determinazione della durata della sanzione - dell'art. 37 c.p. o dell'art. 133 c.p.³¹.

di profili o argomenti diversi o ulteriori rispetto a quelli già valutati nella precedente pronuncia di inammissibilità, C. cost. 27 luglio 2012 n. 208, in *Giur. cost.*, 2012, 4, p. 3035.

²⁷ Cfr. Cass. pen. sez. I ord. 6 luglio 2017 n. 52613, in *Cass. pen.*, 2018, 5, p. 1720 (con nota di Livreri), secondo cui "In tal senso rilevano, in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., la rigidità dispositiva della prescrizione penale, a fronte del variare della situazione concreta, caratteristica che determina una sostanziale ingiustizia nel trattare allo stesso modo condotte di rilievo penale tra loro differenti e difformemente sanzionate dal legislatore mediante la pena principale, nonché, in relazione agli artt. 3, 4 e 41 Cost., la circostanza che l'inflessibile rigore della sanzione interdittiva si risolve in una ingiustificata, indiscriminata incidenza sulla possibilità dell'interessato di esercitare il suo diritto al lavoro ed importa una drastica e non proporzionata compressione del diritto di iniziativa economica esercitabile anche attraverso l'attività di impresa, non rispettosa dei principi che indirizzano a fini sociali l'iniziativa economica privata e che ne riconoscono la libertà."

²⁸ Cfr. Cass. pen. sez. V 26 ottobre 2017 n. 56323, in *CED on line*, 2017.

²⁹ Cfr. *supra* nota n. 1.

³⁰ Per i cui commenti, cfr. *supra* nota n. 2.

³¹ Cfr. Cass. pen. sez. V ord. 23 dicembre 2018 n. 56458, in *www.penalecontemporaneo.it*, secondo cui "E' indispensabile un intervento delle Sezioni Unite per vedere affrontata la questione: "se le pene accessorie previste per il reato di bancarotta fraudolenta dall'art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare, come riformulato ad opera della sentenza n. 222 del 5.12.2018 della Corte Costituzionale con sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale, mediante l'introduzione della previsione della sola durata massima "fino a dieci anni", debbano considerarsi pene con durata "non predeterminata" e quindi ricadere nella regola generale di computo di cui all'art. 37 c.p. (che prevede la commisurazione della pena accessoria non predeterminata alla pena principale inflitta), con la conseguenza che è la stessa Cassazione a poter operare la detta commisurazione con riferimento ai processi pendenti; ovvero se, per effetto della nuova formulazione, la durata delle pene accessorie, debba invece considerarsi "predeterminata" entro la forbice data, con la conseguenza che non trova applicazione l'art. 37 c.p. ma, di regola la rideterminazione involge un giudizio di fatto di competenza del giudice del merito, da effettuarsi facendo ricorso ai parametri

Nel dettaglio, i Giudici della Consulta hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 216 ult. comma della legge fallimentare, nella parte in cui prevede l'applicazione di sanzioni accessorie fisse di durata decennale e non “*fino a dieci anni*”, ritenendo che il criterio adottato nella determinazione della durata non sia compatibile, di regola, con i principi costituzionali in materia di pena (proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio) e che, nonostante la determinazione del trattamento sanzionatorio sia riservata alla discrezionalità del legislatore (*ex art. 25 comma 2 Cost.*), tale potere incontrerebbe comunque il limite della manifesta irragionevolezza, a fronte della quale si paleserebbe una violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost.³².

Spingendosi oltre, la Corte ha altresì ribadito (come già osservato nella sentenza C. cost. n. 50 del 1980) che previsioni sanzionatorie rigide, non ponendosi in linea con il “volto costituzionale” del sistema penale, sarebbero per ciò stesse indiziate di illegittimità.

I Giudici hanno poi evidenziato come le pene accessorie previste dalla disposizione censurata incidano su una vasta gamma di diritti fondamentali del condannato, riducendo drasticamente la sua possibilità di esercitare attività lavorative per un arco temporale di dieci anni, destinati a decorrere (*ex art. 139 c.p.*) successivamente all'integrale esecuzione della pena detentiva, con il rischio che, in taluni casi (tra i quali la sostituzione della pena detentiva con l'affidamento in prova ai servizi sociali), le pene accessorie risultino più afflittive delle principali.

La durata fissa decennale, pur ritenuta legittima rispetto alle più gravi ipotesi di bancarotta, non è apparsa proporzionata all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico reato, essendo espressione di un rigido meccanismo applicativo che contrasta con gli artt. 3 e 27 Cost. (quantomeno rispetto alle fattispecie di bancarotta meno gravi), a differenza di altri meccanismi che, pur contemplando automatismi di sanzione, prevedono criteri applicativi non fissi (ma, ad esempio, proporzionali³³).

di cui all'art. 133 c.p.”; Per un approfondimento sulla questione, si segnalano altresì: A. MONTAGNA, *Bancarotta, le sanzioni accessorie sono più dure della pena: quando i conti non tornano*, in *QG*, 21 gennaio 2019; F. DI VIZIO, *Pene accessorie e bancarotta: il dialogo tra la Consulta e la Cassazione*, in *QG*, 22 gennaio 2019.

³² Giacché una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla funzione rieducativa (*ex multis*, C. cost. 10 novembre 2016 n. 236, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, p. 473 (con nota di Cottu); C. cost. 23 marzo 2012 n. 68, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 5, p. 539; C. cost. 25 luglio 1994 n. 341, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 783 (con nota di Vecchi).

³³ Come peraltro chiarito da C. cost. 21 giugno 2017 n. 142, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 9, p. 1135, secondo cui “Le pene pecuniarie “proporzionali”, in quanto commisurate alla gravità dell'offesa, si accordano - in linea generale - ai principi di uguaglianza, legalità, personalità e individualizzazione della pena e rispondono alle prescrizioni dell'art. 27 Cost., il quale esige che le pene tendano alla rieducazione del condannato. La proporzionalità della pena pecuniaria consente infatti di evitare inaccettabili “livellamenti sanzionatori”, che contrasterebbero con il principio di individualizzazione della pena, insito nell'ordinamento costituzionale. Né è incompatibile con i principi costituzionali la mancanza di un tetto massimo alla pena proporzionale applicabile (art. 27 cod. pen.), atteso che la previsione di un limite massimo, pur consentendo di evitare l'irrogazione di sanzioni eccessivamente elevate, potrebbe pregiudicare l'effetto dissuasivo della sanzione pecuniaria nei casi in cui commettere il reato risulta vantaggioso e profittevole sul piano economico, anche a rischio di subire la sanzione penale. Ciò non significa che le pene pecuniarie “proporzionali” sfuggano al sindacato di costituzionalità, potendo l'eventuale illegittimità di esse - quando impongano un sacrificio pecuniario eccessivo e irragionevole (per ciò stesso censurabile) - derivare dalla irragionevolezza o dalla

La Consulta, memore di aver dichiarato inammissibile analoga questione di legittimità costituzionale, attraverso la pronuncia C. cost. 31 maggio 2012 n. 134³⁴, ha precisato che il legislatore, nonostante il monito espressamente contenuto nella predetta sentenza, non ha provveduto all'auspicata riforma del sistema delle pene accessorie in senso conforme alla Costituzione, legittimando di fatto un intervento correttivo del giudice delle leggi, ritenuto ammissibile (laddove le sanzioni si rivelino manifestamente irragionevoli e sproporzionate) a condizione che il trattamento censurato possa essere sostituito sulla base di precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo³⁵, senza che sia necessaria un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima (c.d. "rime obbligate").

Motivando la propria declaratoria di incostituzionalità, la Corte ha sottolineato come l'eventuale eliminazione dall'art. 216 ult. comma l.f. dell'inciso "*per la durata di dieci anni*" (in conformità a quanto prospettato dalla sezione rimettente), avrebbe consentito di applicare l'art. 37 c.p., attribuendo tuttavia alla pena accessoria la stessa durata di quella principale, determinando quindi un automatismo potenzialmente distonico rispetto al legittimo intento del legislatore di colpire in modo severo gli autori della bancarotta, mediante l'applicazione di una sanzione accessoria di durata maggiore rispetto alla pena detentiva concretamente inflitta, in chiave di prevenzione special-negativa.

sproporzione dei fattori che determinano l'entità della pena (valore-base o elemento moltiplicatore) prescelti dal legislatore in relazione alla fattispecie di reato. Deve escludersi l'illegittimità costituzionale della pena pecuniaria "fissa", e, a maggior ragione, della pena pecuniaria "proporzionale" (caratterizzata, a differenza della prima, da un certo grado di variabilità in ragione dell'offensività del fatto), quando congiuntamente ad essa sia prevista una pena detentiva variabile dotata di una forbice edittale di ampiezza significativa".

³⁴ Cfr. C. cost. 31 maggio 2012 n. 134, in *Giur. cost.* 2012, 3, p. 1850, secondo cui "È inammissibile la q.l.c. dell'art. 216, ultimo comma r.d. 16 marzo 1942 n. 267, censurato, in riferimento agli art. 3, 4, 27, comma 3, 41 e 111 cost., nella parte in cui prevede che, per ogni ipotesi di condanna per i fatti di bancarotta previsti nei commi precedenti del medesimo articolo, si applichino le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni. Ferma l'opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie, che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, i rimettenti, nel prospettare la violazione del principio di eguaglianza (art. 3 cost.) e del principio della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, cost.) - unitamente ad ulteriori censure - con riferimento alla predeterminazione nella misura fissa di dieci anni della pena accessoria prevista dall'ultimo comma dell'art. 216 r.d. n. 267 del 1942, chiedono alla Corte costituzionale di aggiungere le parole "fino a" alla disposizione citata, al fine di rendere applicabile l'art. 37 c.p. (secondo il quale "Quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta, o che dovrebbe scontarsi, nel caso di conversione, per insolubilità del condannato"), e sollecitano, quindi, un'addizione normativa che - essendo solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili - non costituisce una soluzione costituzionalmente obbligata, ma implica scelte affidate alla discrezionalità del legislatore (ord. n. 293 del 2008)".

³⁵ Cfr. C. cost. 10 novembre 2016 n. 236, in *www.giurcost.org*, secondo cui "Non appartengono alla Corte costituzionale valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale, alle quali è unicamente chiamata la rappresentanza politica, attraverso la riserva di legge sancita nell'art. 25 Cost. Ove sia richiesto, a fini di giustizia, il giudizio di "ragionevolezza intrinseca" di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità, la valutazione della Corte costituzionale deve essere condotta attraverso precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo, per non sovrapporre la propria discrezionalità a quella del Parlamento rappresentativo. Essenziale è l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza censurata. Con tali rigorose modalità, è rispettato il costante orientamento giurisprudenziale, secondo cui, in tema di trattamento sanzionatorio penale, è consentito alla Corte emendare le scelte del legislatore «in riferimento a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento»: giacché obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze".

Una diversa soluzione, ritenuta preferibile, avrebbe potuto essere ricavata dalla legge fallimentare vigente, e specificamente dagli artt. 217 (bancarotta semplice) e 218 (ricorso abusivo al credito), che conferiscono al giudice il potere di individuare la durata delle sanzioni accessorie “*fino a*” un massimo determinato dalla legge.

Tale logica, trasposta all’interno dell’art. 216 ult. comma l.f., attraverso la previsione di pene accessorie aventi durata “*fino a dieci anni*”, consentirebbe al giudice di individuare la durata ritenuta congrua rifacendosi ai criteri di cui all’art. 133 c.p. (con esclusione, quindi, del criterio residuale di cui all’art. 37 c.p.).

Dalle motivazioni della Consulta è possibile trarre alcuni interessanti spunti di riflessione, in chiave giuspubblicistica, relativi all’evoluzione dei limiti all’esercizio dei diritti economici e dei correlati criteri di bilanciamento, all’intensità del giudizio di ragionevolezza delle leggi, alla natura giuridica della dichiarazione di incostituzionalità in esame, al rapporto tra discrezionalità legislativa e giudiziaria e, in generale, alla crisi sempre più evidente in cui è piombato il principio di certezza del diritto.

2. La rilevanza della questione sollevata dal giudice *a quo*: dubbi interpretativi

Come noto, uno dei fondamentali requisiti di ammissibilità prescritti dall’art. 23 comma 2 della legge n. 87 del 1953³⁶, oltre alla “non manifesta infondatezza”, è la “rilevanza”³⁷, consistente nell’impossibilità per l’autorità rimettente di definire la controversia indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale.

Tale requisito, per la giurisprudenza costituzionale, esprime il rapporto intercorrente tra la soluzione della questione e la definizione del giudizio in corso³⁸ (qualificabile anche in termini di pregiudizialità³⁹), che

³⁶ Recante “Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale”.

³⁷ Sulla cui ricostruzione dottrinale, si segnalano: G. ZAGRABELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, II, pp. 111 ss.; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – R. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, pp. 163 ss.; R. BIFULCO, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 682 ss.

³⁸ Cfr. C. cost. 12 marzo 1965 n. 13, in www.giurcost.org.

³⁹ Cfr. C. cost. 29 marzo 1983 n. 77, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 346, nonché C. cost. 12 luglio 2017 n. 164, in *Giur. cost.*, 2017, 4, p. 1480; in dottrina, G. ZAGRABELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia, op. cit.*, pp. 111 ss., che la qualifica come “*pregiudizialità costituzionale*”, paragonabile analogicamente alle altre questioni pregiudiziali del processo comune (competenza e giurisdizione).

presuppone la concreta⁴⁰ applicazione della legge nel giudizio di merito⁴¹, nonché la capacità dell'eventuale sentenza di accoglimento di produrre effetti sul processo principale⁴².

La rilevanza, inoltre, dovrà essere “attuale” (dovendo esservi impossibilità per il giudice *a quo* di decidere la controversia indipendentemente dalla risoluzione della questione incidentale)⁴³ e opportunamente motivata dal giudice rimettente⁴⁴, a pena di inammissibilità⁴⁵.

A tal riguardo, è interessante notare come la Corte d'Appello di Bologna, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata nell'ambito del medesimo contenzioso (seppur in diverso grado di giudizio⁴⁶), con sentenza del 14 dicembre 2015 (espressamente richiamata nella successiva ordinanza della Cassazione penale che ha condotto alla dichiarazione di incostituzionalità⁴⁷), abbia precisato - tra l'altro - che nel caso concreto il trattamento sanzionatorio avrebbe dovuto essere determinato con riferimento ad ipotesi pluriaggravate di bancarotta, con pena massima edittale superiore alla durata delle pene accessorie.

Tale ultima circostanza, particolarmente significativa ai fini di una valutazione concreta (e non meramente astratta) della “rilevanza” dell'eccezione di legittimità costituzionale sollevata, parametrata all'effettiva modalità di applicazione delle norme censurate nel procedimento pendente innanzi al giudice *a quo*, è stata del tutto ignorata nella successiva ordinanza di rimessione del 2017⁴⁸, che ha rapidamente liquidato la verifica del citato presupposto, limitandosi ad affermare l'ammissibilità della questione sollevata dalle parti in considerazione del fatto che “*la norma doveva ancora essere applicata dal giudice del rinvio*”⁴⁹, trascurando che - nel caso di specie - le pene accessorie non sarebbero state caratterizzate da una portata afflittiva maggiore rispetto alle pene principali.

⁴⁰ In senso contrario C. cost. 28 luglio 1987 n. 292, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 343, secondo cui sarebbe sufficiente “*l'astratta possibilità di applicazione delle disposizioni contestate al caso oggetto del giudizio a quo*”.

⁴¹ Cfr. C. cost. 30 dicembre 1968 n. 142, in *www.giurcost.org*, nonché C. cost. 10 maggio 1979 n. 10, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 235 e C. cost. 5 maggio 1993 n. 216, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1618.

⁴² Cfr. C. cost. 9 giugno 1977 n. 111, in *Riv. giur. scuola*, 1979, p. 414, nonché C. cost. 22 maggio 2013 n. 92, in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 1581.

⁴³ Non essendo ammissibili le questioni meramente ipotetiche (cfr. C. cost. 28 novembre 2013 n. 281, in *Giur. cost.*, 2013, 6, p. 4559; C. cost. 16 febbraio 2012 n. 26, in *Giur. cost.*, 2012, 1, p. 327; C. cost. 3 marzo 2011 n. 76 in *Giur. cost.*, 2011, 2, p. 1161; C. cost. 17 dicembre 2010 n. 363, in *Giur. cost.*, 2010, 6, p. 5110 e C. cost. 15 luglio 2015 n. 161, in *Giur. cost.*, 2015, 4, p. 1315).

⁴⁴ Quantomeno in termini probabilistici, nel senso che il giudice *a quo* “*possa avvalersi della nuova situazione normativa ipotizzata dopo la dichiarazione di incostituzionalità*” (cfr. C. cost. 30 gennaio 1985 n. 29, in *Giur. cost.*, 1985, I, p. 90).

⁴⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *In tema di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per inadeguata motivazione della rilevanza (nota a C. cost. 15 giugno 2015 n. 110)*, in *Foro it.*, 2015, 9, 1, pp. 2622 ss.

⁴⁶ A seguito del rinvio conseguente alla pronuncia della Cassazione n. 15613 del 5 dicembre 2014.

⁴⁷ Precisamente al par. 4 delle premesse in fatto.

⁴⁸ Cfr. *supra* nota n. 1.

⁴⁹ Cfr. par. 3 della sezione in diritto, ove si precisa altresì che “*l'unico fattore decisivo è che la norma della cui legittimità costituzionale si dubita dovrebbe essere definitivamente applicata solo all'esito del presente giudizio, nel quale, come anticipato, ogni altra questione potrebbe essere definitivamente risolta*”.

Da quanto esposto emerge che: da una parte, la Corte d'appello di Bologna ha inteso aderire alla tesi secondo cui la rilevanza della questione postulerebbe l'incidenza dell'eventuale pronuncia di accoglimento sulle situazioni giuridiche concretamente fatte valere nel giudizio *a quo*⁵⁰; dall'altra, la Cassazione ha invece condiviso l'opinione secondo cui sono irrilevanti gli effetti che un'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale possa produrre per le parti in causa⁵¹, essendo sufficiente anche una mera influenza sul percorso argomentativo che sosterrà la decisione del processo principale⁵².

Pur essendo estranea a tale tipo di valutazione⁵³, tenuto conto che la stessa ordinanza di rimessione menziona la differente opinione della Corte d'appello di Bologna, la Consulta avrebbe potuto restituire gli atti al giudice rimettente, chiedendogli di riconsiderare con maggiore dettaglio la "rilevanza" della questione sollevata, onde evitare che una valutazione dell'incidenza effettuata in termini così astratti potesse valicare il delicato confine tra sindacato incidentale e diretto, conferendo al giudice *a quo* un enorme margine di discrezionalità, che il legislatore non necessariamente ha inteso attribuirgli.

L'attribuzione di un così ampio potere, infatti, rischierebbe di generare non poche distorsioni, tenuto conto che la medesima questione di costituzionalità potrebbe essere sollevata o meno, a seconda che il giudice adito decidesse di sindacare il requisito della rilevanza in astratto o in concreto, correndo il rischio di trattare differentemente situazioni assimilabili, in nome di un preminente interesse a "rendere giustizia costituzionale"⁵⁴.

⁵⁰ *Ex multis*, C. cost. 7 novembre 1994 n. 379, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, p. 79 (con nota di Cozzuto Quadri); C. cost. ord. 20 maggio 1996 n. 161, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1510; C. cost. 30 gennaio 2014 n. 15, in *Giur. cost.*, 2014, I, p. 233; C. cost. 8 maggio 2009 n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1656 (con note di Manetti e Tripodina); C. cost. 10 ottobre 2008 n. 337, in *Giur. cost.*, 2008, 5, p. 3765; C. cost. 20 luglio 2007 n. 303, in *Giur. cost.*, 2007, p. 4; C. cost. 23 febbraio 2007 n. 50, in *Giur. cost.*, 2007, 2, p. 1342 (con nota di Masaracchia).

⁵¹ In tal senso anche G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia, op. ult. cit.*, pp. 115 ss., secondo cui "la nozione di rilevanza non equivale a quella di interesse", poiché "la rilevanza è concetto che, di per sé, esprime un rapporto tra norme e tra giudizi, che prescinde dalle conseguenze favorevoli o sfavorevoli che si possano ipotizzare nel processo a quo, e quindi dall'interesse che i soggetti processuali possano avere con riguardo a tali conseguenze".

⁵² Cfr. di recente C. cost. 11 febbraio 2016 n. 20, in *Giur. cost.*, 2016, I, p. 116 (con nota di Sparacino); analogamente C. cost. 25 giugno 2015 n. 119, in *Giur. cost.*, 2015, 3, p. 945 (con nota di Esposito); C. cost. 9 novembre 2011 n. 294, in *Giur. cost.*, 2011, 6, p. 4148; C. cost. 2 luglio 2008 n. 241, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 2850 (con nota di Rescigno); C. cost. 26 giugno 2001 n. 209, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3; C. cost. 24 luglio 2000 n. 336, in *Giur. cost.*, 2000, p. 2480; C. cost. 18 aprile 1996 n. 117, in *Foro it.*, 1997, I, p. 3501; C. cost. 19 novembre 1991 n. 415, in *Foro it.*, 1993, I, 66; C. cost. 13 luglio 1990 n. 334, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2111; C. cost. 12 maggio 1982 n. 91, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1307; C. cost. 23 gennaio 1974 n. 8, in *www.giurcost.org*; C. cost. 30 novembre 1971 n. 189, in *www.giurcost.org*.

⁵³ Cfr. C. cost. 30 aprile 2015 n. 71, in *Giur. cost.*, 2015, 3, p. 998 (con nota di Moscarini), secondo cui il giudizio di rilevanza "è riservato al giudice rimettente, sì che l'intervento della Corte deve limitarsi ad accertare l'esistenza di una motivazione sufficiente, non palesemente erronea o contraddittoria".

⁵⁴ Cfr. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in *Riv. AIC*, 2015, 1, pp. 8 ss.

3. La ragionevolezza della scelta legislativa, tra pene fisse e variabili

La ragionevolezza delle leggi non è più una voce riservata alla filosofia e alla teoria del diritto, essendo entrata oramai da decenni nel vocabolario della giurisprudenza costituzionale⁵⁵, all'interno del quale ha assunto un significato sempre più pregnante, divenendo uno dei più tipici e diffusi parametri di valutazione adottati dalla Consulta.

I contorni poco definiti di tale concetto hanno determinato un fervido dibattito dottrinale, che ha visto contrapporsi coloro i quali ne temono i possibili effetti distorsivi rispetto ai rapporti con il legislatore⁵⁶ e chi, invece, ne sostiene la legittima applicazione, quale criterio (giurisprudenziale⁵⁷) di chiusura, volto a preservare (seppur non esclusivamente⁵⁸) il principio di uguaglianza⁵⁹, in ossequio al quale è vietata la produzione di norme arbitrarie⁶⁰, che altrimenti determinerebbero vere e proprie discriminazioni⁶¹.

Superando le previsioni dello Statuto Albertino (che, pur prescrivendo l'uguaglianza dinanzi alla legge⁶², consideravano insindacabile l'attività legislativa), l'art. 3 comma 1 Cost. ha introdotto (implicitamente) un imperativo di eguaglianza delle leggi stesse⁶³, sottoponibili ad un giudizio di ragionevolezza diretto a valutare l'astratta compatibilità con la Costituzione, l'eventuale arbitrarietà, illogicità e contraddittorietà⁶⁴, nonché il rapporto di "coerenza" con altre fattispecie comparabili (*tertium comparationis*) e con i fini

⁵⁵ Cfr. J. LUTHER, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Digesto online*, agg. 2011 (il quale richiama, a sostegno di quanto affermato, C. cost. 29 marzo 1960 n. 15, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 149 ss., secondo cui "il principio di eguaglianza è violato quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovano in una situazione uguale"), nonché A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, pp. 561 ss.

⁵⁶ Cfr. C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice della non arbitrarietà della legge*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 450 ss.; analogamente G. ZAGREBELSKY, *Aspetti del controllo di costituzionalità sulle leggi nel pensiero di Carlo Esposito*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 1690 ss.; sempre in tema di ragionevolezza, si segnalano: L. PALADIN, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, pp. 163 ss., nonché R. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 559 ss.

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 147.

⁵⁸ Cfr. M. VIPIANO, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, pp. 14 ss.

⁵⁹ Che assumerebbe il ruolo di una sorta di clausola generale di ragionevolezza (in tal senso, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 372).

⁶⁰ Sulla scorta del c.d. *rational-basis test* di origine statunitense (cfr. A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, pp. 137 ss.), recepito nella dottrina weimariana e nella giurisprudenza del Reichsgericht (su cui: H. TRIEPEL, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, Berlin, 1924; C. SCHMITT, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin, 1926; G. LIEBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, München-Berlin, 1925; E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, 1926, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3, 1927, pp. 2 ss.).

⁶¹ Cfr. L. ELIA, *La giustizia costituzionale nel 1982*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 80.

⁶² Affermando, all'art. 24, che "Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salvo le eccezioni determinate dalle Leggi".

⁶³ In tal senso L. A. MAZZAROLLI – D. GIROTTO, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 199, secondo cui "l'eguaglianza va ormai concepita come un vincolo comune a tutte le leggi ordinarie, quali che ne siano i destinatari e i contenuti normativi"; in giurisprudenza C. cost. 14 luglio 1958 n. 53, in *Giur. cost.*, 1958, p. 603, secondo cui si lede il principio di uguaglianza "quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso considera e dichiara diverse".

⁶⁴ Cfr. C. cost. 7 marzo 1964 n. 14, in *Giur. cost.*, 1964, p. 129.

perseguiti⁶⁵, senza spingersi a sindacare l'intrinseca bontà delle scelte normative, espressione della discrezionalità propria del legislatore⁶⁶.

Anche le argomentazioni del giudice delle leggi, pertanto, dovranno essere equilibrate, evitando di consentire l'illimitata espansione di uno dei diritti rispetto agli altri, in vista di un bilanciamento proporzionale e ragionevole⁶⁷, che tenga conto non solo dell'ipotizzata violazione dell'art. 3 Cost., ma soprattutto di un *tertium comparationis* omogeneo rispetto all'oggetto del giudizio della Corte, da utilizzare quale parametro di raffronto⁶⁸.

⁶⁵ A tale ultimo riguardo, una certa giurisprudenza (cfr. C. cost. 19 novembre 1982 n. 195, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2693 e 16 aprile 1998 n. 111, in *Fisco*, 1999, p. 1560, che parlano espressamente di “eccesso di potere legislativo”, recentemente menzionato, seppur in una pronuncia di rigetto, da C. cost. 1 aprile 2014 n. 64, in *Giur. cost.*, 2014, 2, p. 1368), ha in passato equiparato il giudizio di irragionevolezza al vizio (amministrativo) dell'eccesso di potere. Tale tesi è ormai superata ove si consideri che l'eccesso di potere presuppone una discrezionalità dell'amministrazione rispetto ai fini individuati dal legislatore, mentre la funzione legislativa, in senso tecnico, non può definirsi discrezionale, bensì libera.

⁶⁶ Su cui si segnalano A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 71 ss. e G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, op. cit., p. 158 ss.; nonché, di recente, F. FICHERA, *Modificazione "in peius" di agevolazione fiscale e discrezionalità del legislatore. La sentenza n. 72/2018 della Corte costituzionale in tema di immobili di interesse storico o artistico*, in *Giur. cost.*, 2018, 3, pp. 1449 ss.; G. GRASSO, *Giudicato costituzionale, discrezionalità del legislatore e modulazione retroattiva della perequazione dei trattamenti pensionistici nella sentenza n. 250 del 2017 della Corte costituzionale. Qualche spunto di riflessione critica*, in *Oss. cost.*, 2018, 1, pp. 10 ss.; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte Costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 2018, 1, pp. 11 ss.; A. C. NAZZARO, *Discrezionalità legislativa e ruolo del giudice nella nuova dimensione (bio)etica della famiglia*, in *Riv. AIC*, 2018, 1, pp. 13 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, la "maientica" della Consulta e il "favor" (negletto) verso il compromesso legislativo: continuità e discontinuità fra le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017*, in *Riv. AIC*, 2018, 1, pp. 43 ss.; con specifico riguardo alla materia penale, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Riv. AIC*, 2016, 4, pp. 27 ss.; R. RAVI PINTO, *L'equiparazione sanzionatoria tra droghe pesanti e droghe leggere nel V comma dell'art. 73 del DPR n. 309 del 90: profili di incostituzionalità tra discrezionalità del legislatore e finalismo rieducativo (nota alla sentenza n. 23/2016 della Corte costituzionale)*, in *Oss. cost.*, 2016, 3, pp. 12 ss.

⁶⁷ Cfr. C. cost. 23 marzo 2018 n. 58, in *Giur. cost.*, 2018, 2, p. 592 (con nota di Pulitanò), secondo cui “il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, non avendo tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita. La prosecuzione dell'attività d'impresa è, infatti, subordinata esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un “piano” ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati, e, durante la pendenza del termine di trenta giorni concesso per la sua predisposizione, non è prevista l'adozione di misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori, mentre è espressamente consentita la prosecuzione dell'attività d'impresa “senza soluzione di continuità” [...] Il legislatore ha, quindi, finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.). Il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (sentt. nn. 399 del 1996, 405 del 1999, 264 del 2012, 85 del 2013, 63 del 2016)”.

⁶⁸ Cfr. A. MORRONE, *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Milano, 2018, p. 58, che richiama le sentenze C. cost. 30 gennaio 1980 n. 10 e 28 marzo 1996 n. 89, le quali chiariscono che, poiché si è eguali rispetto a qualcuno o qualcosa e diversi da qualcuno o qualcosa, il giudizio di eguaglianza è necessariamente un giudizio relazionale, che richiede l'allegazione del *tertium comparationis* da parte di colui che solleva la questione.

I principi appena indicati hanno ricevuto una peculiare declinazione nel settore penale⁶⁹ (incentrata su delicati aspetti, tra cui la proporzione tra disvalore del reato⁷⁰ e pena prescritta⁷¹ e le deroghe al tradizionale operato del principio di uguaglianza in presenza di mitigazione⁷² o abrogazione della legge penale⁷³), generando una produzione giurisprudenziale magmatica e non sempre coerente, talvolta sostenuta da argomentazioni meramente diadiche⁷⁴, che ha reso spesso imprevedibili gli esiti dei giudizi di legittimità costituzionale, nonostante la riserva di legge in tale materia⁷⁵ dovesse indurre la Consulta ad una particolare cautela nelle valutazioni espresse, onde evitare uno sconfinamento in danno dell'organo legislativo e delle correlate prerogative di discrezionalità nelle scelte di politica criminale.

Ebbene, nel caso di specie la Consulta - mediante la dichiarazione di incostituzionalità - ha inteso censurare l'art. 216 ult. comma l.f., nella parte in cui prevedeva una pena accessoria fissa decennale, di automatica applicazione, assumendo quale termine di paragone le sanzioni accessorie in tema di bancarotta semplice (art. 217 l.f.) e di ricorso abusivo al credito (art. 218 l.f.), caratterizzate da una durata predeterminata solo nel massimo⁷⁶.

⁶⁹ Tema attentamente esaminato da N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 2, pp. 55 ss.; G. FLORA, *Il legislatore penale tributario a lezione di ragionevolezza dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 6, pp. 709 ss.; D. PULITANO, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012; E. M. CATALANO, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1, pp. 85 ss.; G. M. FLICK, *Costituzione e processo penale tra il principio di ragionevolezza e uno sguardo verso l'Europa*, in *Quest. giust.*, 2010, 1, pp. 9 ss.; M. LA ROSA, *La condivisibile "ragionevolezza" sulle norme penali di favore*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 3, pp. 333 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 2-3, pp. 739 ss.; A. TASSI, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale sul sistema processuale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1, pp. 223 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 2, pp. 350 ss.; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989.

⁷⁰ Desumibile dalla tipologia di offesa e dall'interesse leso.

⁷¹ Si vedano, in tal senso, C. cost. 18 luglio 1989 n. 409, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1711, avente ad oggetto il raffronto tra pene differenti correlate a sanzioni militari di analoga gravità, nonché C. cost. 10 giugno 2011 n. 186, in *Giur. cost.*, 2011, 3, p. 2411 e C. cost. 15 novembre 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 6, p. 4064 (con nota di Santonastaso), entrambe in relazione ad ipotesi di sanzioni amministrative nel settore finanziario, e ancora C. cost. 10 maggio 2019 n. 113, in *Dir. giust.*, 16 maggio 2019, in tema di installazione di cartelloni pubblicitari.

⁷² Si pensi alla depenalizzazione, iniziata con la legge 24 dicembre 1975 n. 706 (recante "Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda") ed attuata principalmente con la legge 24 novembre 1981 n. 689 (recante "Modifiche al sistema penale"), alla quale sono seguiti ulteriori interventi normativi (tra i quali la legge 28 dicembre 1993 n. 561, il d.lgs. 13 luglio 1994 n. 480, la legge 25 giugno 1999 n. 205, il d.lgs. 30 dicembre 1999 n. 507 e, da ultimo, i decreti legislativi 15 gennaio 2016 nn. 7 e 8).

⁷³ In tali ipotesi, infatti, salvo che vi osti una particolare ragione giustificativa, i benefici dovranno essere estesi anche a coloro i quali abbiano commesso i reati sotto la vigenza della precedente norma sanzionatoria, come sancito - tra l'altro - da C. cost. 9 giugno 2008 n. 215, in *Giur. cost.*, 2008, 3, p. 2399 (con nota di Gambardella) e, di recente, da C. cost. 10 novembre 2016 n. 236, in *Giur. cost.*, 2016, 6, p. 2092 (con nota di Manes) e C. cost. 30 maggio 2018 n. 112, in *Giur. cost.*, 2018, 3, p. 1259.

⁷⁴ Caratterizzata, in assenza di un *tertium comparationis*, da una maggiore discrezionalità dell'organo giudicante.

⁷⁵ Ex art. 25 Cost., ai sensi del quale "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso".

⁷⁶ Nella misura, rispettivamente, di due anni per la bancarotta semplice e tre anni per il ricorso abusivo al credito.

Il raffronto tra le norme citate evidenzerebbe, ad avviso della Corte, una sorta di incoerenza del modello sanzionatorio della bancarotta fraudolenta (rispetto alle ulteriori fattispecie penali disciplinate dalla legge fallimentare), che contrasterebbe con il dettato costituzionale e, in particolare, con i principi di uguaglianza e finalità rieducativa della pena.

Tali conclusioni, invero, non convincono del tutto.

Mentre l'ordinario giudizio di legittimità costituzionale verifica l'eventuale contrasto tra una norma di legge (regola) ed una disposizione costituzionale (principio), il giudizio di ragionevolezza si occupa di relazioni più complesse, avendo ad oggetto da una parte il controllo di coerenza tra norme, dall'altra il bilanciamento tra principi costituzionali⁷⁷.

La Corte, a tal riguardo, sembra aver prestato maggiore attenzione al primo schema valutativo, piuttosto che al secondo, tenuto conto che le motivazioni della pronuncia dedicano pochissima attenzione ai principi costituzionali che, invece, potrebbero giustificare un trattamento sanzionatorio differente (anche nei criteri di quantificazione) tra la fattispecie di bancarotta fraudolenta e le altre di minore rilevanza⁷⁸.

Pur restando ancorati al giudizio di incoerenza, inoltre, non sembra possibile affermare in modo univoco l'incompatibilità delle disposizioni censurate con la Costituzione, ove si consideri che la stessa Corte, in altre occasioni, ha chiaramente affermato che non può attribuirsi natura fissa ad un trattamento sanzionatorio che preveda, accanto ad una pena accessoria fissa, una pena detentiva variabile⁷⁹.

⁷⁷ Cfr. J. LUTHER, *Ragionevolezza*, op. cit.

⁷⁸ Tutto ciò nonostante la motivazione rivesta un ruolo decisivo proprio nelle pronunce sulla ragionevolezza, dovendo persuadere e dissuadere, rafforzando la stessa legittimazione dei giudici costituzionali, come evidenziato da auspica l'introduzione di *dissenting* e *concurring opinions* che possano migliorare la collaborazione tra Corte e Parlamento (cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, pp. 138 ss.; A. ANZON, *Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali*, in *Pol. dir.*, 1992, pp. 329 ss.; O. ROSELLI, *Corte costituzionale. Verso la "dissenting opinion"?*, in *Quad. cost.*, 1994, 3/00, pp. 513 ss.; S. CASSESE, *Una lezione sulla c.d. opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 2009, 4, pp. 973 ss.; M. VILLONE, *Corte costituzionale, dissenting opinion, giudizio dei pari*, in *Costituzionalismo.it*, 2011, 1, pp. 4 ss.; nonché, in chiave comparatistica E. FERIOLI, *La "Dissenting Opinion" nella giustizia costituzionale europea di matrice kelseniana*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2017, 3, pp. 687 ss.).

⁷⁹ Cfr. C. cost. 21 giugno 2017 n. 142, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 9, p. 1135, per la quale si rinvia *supra* alla nota n. 33; analogamente C. cost. 4 aprile 2008 n. 91, in *Giur. cost.*, 2008, 2, p. 1107, secondo cui "Premesso che la scelta e la quantificazione delle sanzioni per i singoli fatti punibili rientra nella discrezionalità del legislatore, il cui esercizio è censurabile solo nel caso di manifesta irragionevolezza, la scelta legislativa di prevedere per talune forme di recidiva un aumento di pena fisso e per altre (la sola recidiva aggravata) un aumento variabile, non comporta - di per sé - una violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza, non essendo dimostrato che la soluzione normativa adottata sia atta a produrre sperequazioni prive di qualsiasi ratio giustificativa, nel trattamento sanzionatorio di situazioni omogenee; né sussiste l'asserita violazione degli artt. 25 e 27 Cost., in quanto la tendenziale contrarietà delle pene fisse al «volto costituzionale» dell'illecito penale deve intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso e non anche ai trattamenti sanzionatori che coniungono articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete, tanto più che, nell'ipotesi considerata, il giudice può, «a monte», decidere discrezionalmente se applicare o meno l'aumento di pena per l'aggravante in questione (sentt. nn. 50 del 1980, 188 del 1982, 472 del 2002, 144 del 2005, 394 del 2006, 22 del 2007)"; si segnala altresì la pronuncia di legittimità Cass. Pen., sez. V, 26 ottobre 2017 n. 56323, in *CED on line*, 2018, secondo cui "È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 4, 27, 41 e 111 Cost., degli artt. 216, comma , e 223 della legge fall., nella parte in cui prevedono pene accessorie in misura fissa, in quanto il contrasto con le norme costituzionali potrebbe sussistere qualora l'illecito penale prevedesse pene fisse nel loro

A ciò si aggiunga che:

- l'art. 216 l.f., a differenza dell'art. 217 l.f., sanziona condotte dolose, rispetto alle quali non appare peregrino prevedere una pena principale caratterizzata da una marcata attenzione rispetto alla condotta (e alle esigenze rieducative⁸⁰) del reo ed una sanzione accessoria maggiormente incentrata sulla tutela del sistema economico, la cui protezione potrebbe legittimare un allontanamento dalla realtà imprenditoriale di riferimento non necessariamente correlato alla durata della condanna principale⁸¹;
- la tipologia di sanzione accessoria applicata non comporta la totale compressione del diritto al lavoro, riferendosi unicamente ad alcune tipologie di attività potenzialmente espletabili dal reo⁸².

Se, pertanto, la pena originariamente prevista non può considerarsi (ad un giudizio complessivo) fissa, se le condotte astrattamente comparabili sanzionano fattispecie caratterizzate da un diverso elemento soggettivo (oltre che da una diversa gravità), se la compressione dei diritti del reo non è assoluta, allora la decisione legislativa potrà ritenersi espressione di un potere discrezionale, eventualmente criticabile ma non necessariamente censurabile in termini di incostituzionalità.

Differentemente opinando, il giudizio costituzionale rischierebbe di caratterizzarsi per un eccesso di discrezionalità che, degradando dalle “rime obbligate”⁸³ alle “rime possibili”⁸⁴, travalicherebbe gli ambiti dell'ordinaria verifica di legittimità, spingendosi fino ad esaminare (inammissibilmente⁸⁵) il merito delle scelte normative, in una materia - come quella penale - in cui il legislatore costituzionale, attraverso la riserva di legge, ha inteso ribadire il ruolo centrale dell'organo legislativo.

complesso e non, come invece per le norme richiamate, trattamenti sanzionatori che coniugano articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice”.

⁸⁰ Che ormai caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, accompagnandola da quando nasce, fino a quando in concreto si estingue (cfr. C. cost. 2 luglio 1990 n. 313, in *Foro it.* 1990, I, p. 2385).

⁸¹ In conformità alla teoria secondo cui “più alto è il grado di inattuazione o interferenza di un principio, più importante deve essere l'attuazione dell'altro” (cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a M., 1985, p. 143), tenendo conto della capacità della norma di realizzare obiettivi inerenti al principio beneficiario e dell'assenza di strumenti più miti e meno incisivi rispetto al principio sacrificato, in grado di consentire il raggiungimento del medesimo risultato (cfr. C. cost. 16 maggio 1984 n. 141, in *Giur. cost.*, 1984, 1, p. 958, secondo cui “la Corte non può non tener conto anche delle possibilità teoriche, a disposizione del legislatore, di ricorrere a criteri diversi che, ferma restando l'esigenza di porre la norma così come l'avvertiva necessaria nella sua discrezionalità, limitassero al minimo le situazioni di disparità”).

⁸² Esercizio di una impresa commerciale e di uffici direttivi presso qualsiasi impresa.

⁸³ Tema ancora caro alla dottrina (Cfr. M. BELLETTI, *La pronuncia non sarebbe a “rime obbligate”: sulla destinazione a fini scientifici degli embrioni soprannumerari*, in *Quad. cost.*, 2016, 2, pp. 427 ss.; C. RUGA RIVA, *La Corte costituzionale riscrive il delitto paesaggistico: “rime obbligate” o possibili dissonanze?*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 7, pp. 876 ss.; C. BUZZACCHI, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime obbligate?*, in *Riv. AIC*, 2012, 4, pp. 11 ss.).

⁸⁴ Cfr. S. LEONE, *La Corte*, op. cit., pp. 183 ss.

⁸⁵ Invocando la ragionevolezza, infatti, la stessa Corte afferma un limite alla discrezionalità del legislatore, ma riconosce anche che tale spazio costituisce un limite ai giudizi di ragionevolezza, nel rispetto del principio di separazione delle funzioni che anche la ragionevolezza deve rispettare (cfr. A. PIZZORUSSO, *Il controllo*, op. cit., pp. 71 ss; nonché G. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, op. cit., pp. 158 ss.).

4. La ragionevolezza della scelta giudiziaria, tra modulazione temporale della dichiarazione di incostituzionalità, rime obbligate e leale collaborazione con il legislatore

La complessa vicenda in cui si inserisce la dichiarazione di incostituzionalità è riconducibile alla categoria delle decisioni con modulazione degli effetti temporali⁸⁶, in cui la Corte interviene seguendo una precedente statuizione di non accoglimento⁸⁷, all'interno della quale era contenuto un monito⁸⁸, diretto al legislatore, invitato a riformare la materia, rispetto alla quale erano evidenziati possibili profili di incostituzionalità.

Con la precedente sentenza n. 134 del 2012, infatti, la Corte aveva inteso rispettare la discrezionalità del legislatore, tanto più in un settore normativo estremamente delicato come quello del diritto penale dell'economia.

Sentenze di tal tipo (oggetto di non poche critiche⁸⁹) nascono, come noto, dall'esigenza di evitare che un'immediata dichiarazione di incostituzionalità possa determinare un vuoto normativo⁹⁰, vieppiù nelle frequenti ipotesi in cui, come nel caso di specie, non essendovi un'unica soluzione conforme alla Costituzione, una pronuncia di accoglimento rischierebbe di invadere le prerogative del legislatore, risultando invece preferibile consentire al Parlamento di affrontare serenamente l'iter legislativo, in conformità ai principi (e non solo⁹¹) enunciati dalla Corte, senza adottare iniziative non adeguatamente ponderate⁹², nell'ottica di una "leale collaborazione" istituzionale⁹³.

Ebbene, proprio tale ultimo principio non parrebbe essere stato rispettato nel caso di specie, ove si consideri che nell'ottobre del 2017, prima che la Consulta si pronunciasse, seppur con enorme ritardo

⁸⁶ Adottate nella consapevolezza che le pronunce di accoglimento possano determinare, in assenza di un tempestivo intervento del legislatore, un notevole e talvolta controproducente impatto all'interno dell'ordinamento.

⁸⁷ Cfr. *supra* nota n. 34.

⁸⁸ Cfr. su tale aspetto M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle "sentenze comandamento" ovvero il "potere monitorio" della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1982, 4, pp. 493 ss.

⁸⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora...* (a margine di un comunicato sul caso Cappato), in *Consulta online*, 3/2018, p. 568 ss.; nonché U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'...* «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale». *Nota a Corte cost.*, ord. n. 207 del 2018, in *Forum quad. cost.*, 11/2018, p. 3.

⁹⁰ Che, per esperienza comune, difficilmente viene colmato in tempi brevi dal Parlamento (a tal riguardo, si segnala l'attenta analisi di V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere* (Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23-24 novembre 1988), Milano, 1989.

⁹¹ Giungendo la Corte finanche ad indicare le norme di dettaglio, come accaduto nel caso Cappato (cfr. C. CUPPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2018, p. 1, ove si osserva come la Corte abbia suggerito "tempi, modi e luoghi" dell'intervento legislativo; analogamente M. C. FOLLIERO, *La legge n. 194 del 1978 nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Dal monito al controllo di come il monito sia stato attuato*, in *Giur. cost.*, 1988, 9, pp. 1336 ss.).

⁹² Rispetto alle quali la Corte non avrebbe la possibilità, nell'immediato, di esprimere valutazioni di costituzionalità (fino ad un'eventuale nuova questione di costituzionalità).

⁹³ Cfr. M. PICCHI, *"Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Oss. fon.*, 2018, 3, pp. 19 ss.

rispetto all'originario monito del 2012, il Parlamento aveva chiaramente manifestato la propria intenzione di riformare la disciplina della crisi d'impresa, conferendo apposita delega al Governo⁹⁴, i cui lavori⁹⁵ sarebbero culminati, di lì a breve, nell'approvazione del d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14⁹⁶ (il quale, proprio in merito alla riforma delle pene accessorie correlate alla bancarotta fraudolenta, recependo di fatto anche le ultime indicazioni della Corte, ha previsto una durata “*fino a*” dieci anni⁹⁷ in sostituzione dell'originario termine fisso).

L'intervento della Corte costituzionale, in tale contesto, risultando successivo anche alla deliberazione preliminare del Consiglio dei ministri dell'8 novembre 2018, nella quale era stato licenziato il testo pressoché definitivo del decreto, è apparso come un evidente tentativo di condizionare l'iter di adozione ed il contenuto del provvedimento normativo, forse dettato dall'assenza di riferimenti alla riforma delle pene accessorie nell'ultima bozza resa disponibile dal Governo al Parlamento⁹⁸.

Ad una diversa lettura si perverrebbe, invece, ipotizzando che la Corte, proprio dinanzi all'imminente introduzione della riforma, scongiurato il rischio di un vuoto legislativo, abbia inteso dare finalmente seguito alle censure di incostituzionalità ipotizzate nella pronuncia del 2012.

In entrambi i casi, emergerebbero nuove caratterizzazioni delle pronunce contraddistinte dalla modulazione temporale della dichiarazione di incostituzionalità, poiché la Consulta interverrebbe non solo nell'ipotesi di latenza del legislatore, ma anche dinanzi ad un'attività legislativa *in itinere*, e addirittura (come nel caso di specie) a fronte di un'attività di produzione normativa pressoché definita.

Tale estensione dei poteri di sindacato costituzionale, rispetto alle prerogative parlamentari⁹⁹, non può che destare considerevoli perplessità, vieppiù in un ambito delicato come quello penale¹⁰⁰.

⁹⁴ Con legge 19 ottobre 2017 n. 155, recante “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*”.

⁹⁵ Su cui già iniziavano a diffondersi le opinioni dei commentatori (cfr. P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche “a prima lettura” sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5/2018; A. NIGRO, *Osservazioni sul codice della crisi*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 3/2, pp. 445 ss.; G. TERRANOVA, *Prime impressioni sul progetto di codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 3/2, pp. 387 ss.; G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, 2-3, pp. 517 ss.).

⁹⁶ Recante “*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della Legge 19 ottobre 2017, n. 155*”.

⁹⁷ Cfr. art. 322 comma 4 d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, in tema di bancarotta fraudolenta, ai sensi del quale “*Salve le altre pene accessorie, di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna per uno dei fatti previsti nel presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni*”.

⁹⁸ Come si evince dall'atto n. 53 del 14 novembre 2018, nella cui relazione illustrativa (pp. 235-237), invero, si precisava finanche l'assenza di delega in merito alla riforma della disciplina della bancarotta.

⁹⁹ E, per il tramite della delega, governative.

¹⁰⁰ È un dato acquisito, infatti, quello secondo cui la Corte costituzionale non può violare “*il fondamentale principio di legalità dei reati e delle pene*”, sia pure in vista dell'eguaglianza giuridica di tutti i cittadini (*ex multis*, C. cost. 26 maggio 1981 n. 73, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 695; analogamente C. cost. 20 gennaio 1977 n. 42, in *Riv. giur. scuola*, 1980, p. 230; C. cost. 25 giugno 1981 n. 108, in *Dir. eccl.*, 1982, II, p. 148; C. Cost. 23 marzo 1983 n. 71, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1287; C. cost. 21 luglio 1983 n. 226, in *Cass. pen.*, 1984 p. 450; C. cost. 10 luglio 1991 n. 327, in *Cass. pen.*, 1992, p. 890).

5. Limiti all'esercizio dei diritti economici e correlati criteri di bilanciamento

La letteratura filosofico-giuridica parla da decenni di diritti costituzionali, fondamentali, inviolabili e umani, cercando finanche (con sforzi talvolta vanificati dall'evoluzione socio-economica dell'ordinamento) di individuare criteri guida che possano regolare le interferenze tra di essi.

Proprio in campo giuridico-economico assistiamo ad una sempre crescente attenzione della dottrina e della giurisprudenza¹⁰¹ che, di volta in volta, affermano nuovi diritti o nuovi equilibri tra diritti esistenti, talora anche in modo controverso (come nel caso dell'Ilva di Taranto)¹⁰², in applicazione del monito secondo cui la Costituzione italiana richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza¹⁰³, tenuto conto che ciascun diritto ha un medesimo fondamento nel meta-valore della dignità umana¹⁰⁴.

Bilanciamento che, come noto, non può effettuarsi secondo criteri astratti (nulla disponendo la Costituzione in tal senso), richiedendo valutazioni “*ad hoc*”¹⁰⁵, che sfuggono a canoni interpretativi

¹⁰¹ Si pensi, di recente, a A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La certezza del diritto dell'economia tra attività del regolare e attività del giudicare*, in *Analisi giur. econ.*, 2018, 2, pp. 273 ss.; C. RIZZO, *L'art. 41 della Costituzione nell'orizzonte del diritto penale dell'economia*, in *Costituzionalismo.it*, 2018, 1, pp. 31 ss.; D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Oss. cost.*, 2016, 3, p. 33 ss.; A. SANDULLI, *Ordine giuridico e ordine economico in Max Weber*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 4, pp. 949 ss.; E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in *Dir. econ.*, 2015, 3, pp. 507 ss.; M. IRRERA, *Regolare l'economia: il difficile equilibrio fra diritto e mercato dall'antica Roma alle odierne piazze finanziarie. Introduzione*, in *Nuov. dir. soc.*, 2015, 1, pp. 8 ss.; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, 2014, 2, pp. 11 ss.

¹⁰² Cfr. C. cost. 9 maggio 2013 n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 3, p. 1424 (con note di Sereno, Bin, Pulitanò e Onida), secondo cui “Premesso che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri [...] la disposizione censurata - la quale prevede che, presso gli stabilimenti dei quali sia riconosciuto l'interesse strategico nazionale con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e che occupino almeno duecento persone, l'esercizio dell'attività di impresa, quando sia indispensabile per la salvaguardia dell'occupazione e della produzione, possa continuare per un tempo non superiore a 36 mesi, anche nel caso sia stato disposto il sequestro giudiziario degli impianti, nel rispetto delle prescrizioni impartite con una autorizzazione integrata ambientale rilasciata in sede di riesame, al fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili - realizza un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare di quello alla salute (art. 32 cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e di quello al lavoro (art. 4 cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso”. Nonché C. cost. 23 marzo 2018 n. 58, in *Giur. cost.*, 2018, 2, p. 592 (con nota di Pulitanò), secondo cui “Con le norme censurate, le quali prevedono che l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori, il legislatore non ha rispettato l'esigenza di bilanciare in modo ragionevole e proporzionato tutti gli interessi costituzionali rilevanti, non avendo tenuto in adeguata considerazione le esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita. [...] Il legislatore ha, quindi, finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.). Il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (sentt. nn. 399 del 1996, 405 del 1999, 264 del 2012, 85 del 2013, 63 del 2016)”.

¹⁰³ Cfr. di recente C. cost. 24 gennaio 2017 n. 20, in *Giur. cost.*, 2017, 1 pp. 122 (con nota di Mengozzi).

¹⁰⁴ Cfr. A. MORRONE, *Il diritto costituzionale*, op. cit., p. 76.

¹⁰⁵ Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1997, p. 247.

prestabiliti¹⁰⁶, al punto da minare (secondo alcuni¹⁰⁷) la stessa certezza e prevedibilità delle decisioni, giungendo (nei casi più estremi) ad affidare alle Corti poteri valutativi eccedenti le funzioni ad esse assegnate dall'ordinamento¹⁰⁸.

Nel caso di specie non v'è dubbio che, come correttamente rilevato dalla Consulta, le pene accessorie previste dall'art. 216 ult. comma l.f. incidano su una vasta gamma di diritti fondamentali del condannato, riducendo la sua possibilità di esercitare attività lavorative per un arco temporale di dieci anni.

Tra i beni di rilevanza costituzionale coinvolti, l'ordinanza di remissione menziona la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e il diritto al lavoro (art. 35 Cost.), oltre alla finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.).

Per quanto concerne il riferimento all'art. 41 Cost. (correlato all'inabilitazione all'esercizio di imprese commerciali), l'aspetto di maggiore interesse è il concreto bilanciamento tra il libero esercizio dell'attività economica e i limiti correlati all'utilità sociale, nonché al rischio di danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

Sorprende, da questo punto di vista, che le sanzioni penali accessorie vengano interpretate, nell'ordinanza di remissione, quale pregiudizio al sostentamento e allo sviluppo della personalità del reo, non compatibile con i limiti sopra evidenziati, mentre nel panorama del diritto penale economico tali misure hanno proprio quale obiettivo la tutela del buon andamento dell'economia¹⁰⁹.

Rispetto a tale assunto, la Consulta ha adottato una posizione non propriamente chiara, poiché da un lato ha riconosciuto l'incidenza delle pene accessorie sui diritti fondamentali in parola¹¹⁰, dall'altro non ha espressamente motivato l'incostituzionalità con riferimento all'art. 41 Cost., dichiarando peraltro assorbito ogni ulteriore profilo.

Non è chiaro, quindi, se la compressione dei diritti economici rientri tra le cause di incostituzionalità dell'art. 216 ult. comma l.f.

Una soluzione di tal tipo, a dire il vero, parrebbe essa stessa poco rispettosa del dettato costituzionale, nella misura in cui si porrebbe a sostenere l'illegittimità delle sanzioni poste a carico di chi commette

¹⁰⁶ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, p. 112.

¹⁰⁷ Cfr. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001 pp. 35 ss.

¹⁰⁸ Cfr. C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 17 ss.

¹⁰⁹ Si segnalano, in relazione al rapporto tra reati ed economia, C. RIZZO, *L'art. 41, op. cit.*, pp. 31 ss.; G. M. FLICK, *Giustizia penale ed economia pubblica e privata: profili problematici*, in *Cass. pen.*, 2017, 10, pp. 3461 ss.; E. MONTANI - G. GAMBADORO, *Il rapporto tra andamento dell'economia e infiltrazione della criminalità organizzata nel mercato economico legale: un'analisi delle realtà lombarda*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 1-2, pp. 227 ss.; C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 4/00, pp. 1021 ss.

¹¹⁰ Testualmente "Come condivisibilmente rilevano l'ordinanza di remissione e tutte le parti tempestivamente costituite, le pene accessorie temporanee previste dalla disposizione censurata incidono in senso fortemente limitativo su una vasta gamma di diritti fondamentali del condannato, riducendo drasticamente la sua possibilità di esercitare attività lavorative per un arco temporale di dieci anni".

reati in danno dell'intero sistema economico, poiché impedirebbero a costui di riaccedere al medesimo sistema economico che ha contribuito a danneggiare.

Fermo restando, infatti, la necessità che le misure a tutela delle esigenze di utilità sociale non appaiano arbitrarie o palesemente incongrue¹¹¹, un eventuale giudizio che travalichi l'esame di ragionevolezza, spingendosi a valutare nel merito la prevalenza degli interessi del reo rispetto a quelli economici generali non parrebbe condivisibile, determinando un pericoloso svuotamento dei limiti all'esercizio dei diritti economici.

Occorre del resto ricordare che, sin dall'antichità, l'insolvenza era considerata un delitto molto grave, cui corrispondevano sanzioni di eccezionale durezza, correlate alle esigenze di tutela del credito¹¹². I diritti del creditore, originariamente, erano finanche garantiti con la vita del debitore, piuttosto che con i suoi beni¹¹³, prima che si pervenisse alla c.d. *bonorum venditio*¹¹⁴, poi alla nascita (nel periodo medievale, contemporaneamente al fiorire delle attività commerciali) del diritto penale fallimentare¹¹⁵ e dei c.d. "*bancae ruptores*"¹¹⁶ e, infine, all'odierna legislazione nazionale, caratterizzata da innegabili influenze transalpine¹¹⁷.

Ebbene, la disciplina dell'insolvenza, pur nella sua secolare evoluzione, non ha mai posto l'interesse economico personale dei *bancae ruptores* su un piano sovraordinato rispetto a quello dei creditori e, in generale, degli interessi collettivi sottesi al corretto funzionamento del sistema economico.

In tal senso, sarebbe stato opportuno demarcare in modo più chiaro le ragioni della declaratoria di incostituzionalità, anche eventualmente riferendosi al solo giudizio di ragionevolezza, di per sé potenzialmente sufficiente (salvi i limiti evidenziati nei precedenti paragrafi) a sostenere la pronuncia adottata.

¹¹¹ Cfr. C. cost. 19 dicembre 1990 n. 548, in *Giur. cost.*, 1990, p. 3147; analogamente C. cost. 29 maggio 2009 n. 167, in *Giur. cost.*, 2009, 3, p. 1870, nonché C. cost. 29 aprile 2010 n. 152, in *Giur. cost.*, 2010, 2, p. 1798.

¹¹² Le leggi delle XII tavole, emanate a Roma nel 453/452 a.C. giungevano ad attribuire ai creditori la piena proprietà del debitore insolvente, senza alcuna distinzione tra buona e mala fede (cfr. P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, Milano, 1909, pp. 272 ss; P. BONFANTE, *Diritto Romano*, Firenze, 1900 pp. 252 ss.), attuando una sorta di carcerazione *iure privatorum*.

¹¹³ Si pensi alla *legis actio per manus iniunctionem* (cfr. F. KLEINEIDAM, *Personalexecution der Zwölftafeln*, Breslau, 1904, pp. 130 ss.; O. KARLOWA, *Der römische Zivilprozess zur Zeit der Legislationen*, Berlin, 1872, pp. 158 ss.).

¹¹⁴ La facoltà di mettere a morte il debitore insolvente o di venderlo come schiavo venne abolita dalla *Lex Poetelia Papiria* del 428-441 a.C., che introdusse il principio di esecuzione sui beni (la c.d. *bonorum venditio*, introdotta dal pretore P. Rutilio Rufo) e non più sulla persona del debitore, salva l'eventuale mala fede di quest'ultimo.

¹¹⁵ U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Milano, 1964; ID., *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998.

¹¹⁶ Qualifica attribuita ai falliti, mediante il riferimento (figurativo) al banco del commerciante spezzato dai creditori, a causa della rottura degli impegni assunti.

¹¹⁷ Cfr. P. CARNUCCIO, *I reati, op. cit.*, pp. 17 ss., al quale si rinvia per un'attenta disamina storica in merito alla nascita dei reati fallimentari.

Seppur non sia stato posto (condivisibilmente) alla base della declaratoria di incostituzionalità, si ritiene comunque opportuno chiarire che altrettanto confutabile è il riferimento all'art. 35 Cost.¹¹⁸, contenuto nell'ordinanza di rimessione (in apparente correlazione con l'incapacità di esercitare uffici direttivi), ove si consideri che tale disposizione sarebbe volta a tutelare il contraente debole del rapporto lavorativo¹¹⁹, in contrapposizione al datore di lavoro¹²⁰. Ebbene, se ormai appare pacifico che tale lavoratore non sia necessariamente quello subordinato¹²¹, la norma presuppone comunque una condizione di bisogno e sostanziale assoggettamento simile a quella dei lavoratori subordinati, che non pare riscontrabile con riferimento agli uffici direttivi.

Parzialmente diverso sarebbe stato un eventuale riferimento all'art. 4 Cost., che riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro¹²², fermo restando che anche tale disposizione pone dei limiti al relativo esercizio, precisando che l'attività o funzione svolta dal cittadino deve concorrere al progresso materiale e spirituale della società¹²³, requisiti difficilmente riscontrabili dinanzi a persone coinvolte in fattispecie di bancarotta. Il tema dei limiti all'esercizio dei diritti economici, trattato - seppur *incidenter tantum* - dalla Corte, avrebbe richiesto senza dubbio un maggiore e più chiaro approfondimento, in assenza del quale potrebbe sorgere il legittimo (quanto azzardato) dubbio che il diritto al lavoro dei *bancae ruptores*, malgrado la grave violazione del “*patto di cittadinanza*”¹²⁴, non sia necessariamente destinato a soccombere dinanzi all'interesse collettivo leso.

6. Ragionevole discrezionalità legislativa e discrezionale ragionevolezza giudiziaria: un difficile equilibrio

È ormai un dato acquisito che i rapporti tra economia e diritto non sono affatto semplici, tenuto conto che gli interessi economici, spesso, esercitano una significativa e pressante attività di impulso normativo¹²⁵.

¹¹⁸ Che si pone in stretta continuità con gli artt. 1 comma 1, 3 comma 2 e 4 della Costituzione, i quali intendono il lavoro come strumento principale di trasformazione sociale, finalizzato al progresso materiale e spirituale della società.

¹¹⁹ In tal senso deponendo la sua collocazione sistematica.

¹²⁰ Cfr. C. cost. 15 dicembre 1967 n. 141, in *www.giurcost.org*.

¹²¹ Potendo rientrare nella medesima categoria anche artigiani, imprese familiari, soci di cooperative, piccoli lavoratori autonomi, che traggano sostentamento della propria attività, con prevalenza di lavoro sul capitale (cfr. C. cost. 27 giugno 1984 n. 180, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 1159; C. cost. 10 dicembre 1987 n. 476, in *Giur. cost.*, 1987, fasc. 12; C. cost. 26 luglio 1988 n. 880, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 4142; C. cost. 19 gennaio 1995 n. 20, in *Giur. cost.*, 1995, p. 232; C. cost. 12 marzo 1999 n. 65, in *Giur. cost.*, 1999, p. 759), o ancora lavoratori subordinati atipici o para-subordinati.

¹²² Testualmente “*La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società*”.

¹²³ Ricollegandosi, implicitamente, all'art. 41 Cost. e ai limiti ivi previsti per lo svolgimento delle attività economiche.

¹²⁴ F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G. E. VIGEVANI (a cura di), *La costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, I, p. 35.

¹²⁵ Cfr. P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009, pp. 36 ss.

Rispetto a tale tendenza, l'ultimo baluardo rimasto al giurista è rappresentato dai principi costituzionali che, ponendo al centro della propria analisi la dignità della persona, resistono alla “economizzazione” del diritto.

La natura compromissoria dell'art. 41 Cost.¹²⁶ ha rappresentato, negli anni, un elastico ago della bilancia tra differenti beni da tutelare, consentendo al legislatore di adattare le proprie determinazioni al mutevole contesto economico-sociale di riferimento, scongiurando i rischi di assolutizzazione delle libertà economiche, incompatibili con l'art. 3 della Costituzione.

Proprio in tale ottica vanno lette le disposizioni penali in ambito economico¹²⁷, tra le quali le sanzioni accessorie in tema di bancarotta fraudolenta (dichiarate incostituzionali dalla pronuncia qui esaminata), riconducibili (indirettamente) ai limiti all'esercizio dell'attività economica. Limiti che devono essere, necessariamente, ragionevoli.

Ebbene, sulla scorta di quanto esposto nei paragrafi che precedono, pur condividendo alcune osservazioni della Corte¹²⁸, resta il dubbio che il sindacato esercitato, mediante una peculiare pronuncia manipolativo-sostitutiva¹²⁹ a contenuto non costituzionalmente obbligato¹³⁰, possa aver invaso la legittima area di discrezionalità del legislatore, nell'ambito di una materia per eccellenza a quest'ultimo riservata.

¹²⁶ Frutto dell'integrazione dei tre grandi orientamenti culturali, che animarono il dibattito in seno all'Assemblea costituente (per una ricostruzione delle origini e delle caratteristiche della costituzione economica, si segnalano: T. E. FROSINI - E. C. RAFFIOTTA, *Stato costituzionale e governo dell'economia*, in *Rass. parl.*, 2014, 4, p. 779; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2000; L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla “Costituzione economica”*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 917; G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999; G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano, 1993; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 7 ss.; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. IV ed. Disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, pp. 374 ss.; S. BERETTA, *La “Costituzione economica”: genesi e principi*, in *Il Politico*, 1988, p. 379); *contra* Q. CAMERLENGO, *Costituzione economia società*, Bari, 2017, pp. 81 ss., secondo cui non può parlarsi di compromesso, ma di “una chiara predilezione per un sistema economico depurato dalle velleità puramente efficientiste del mercato e della concorrenza, e piuttosto orientato ad assecondare un progetto di sviluppo sociale caratterizzato da una più ampia distribuzione della ricchezza nazionale”).

¹²⁷ Su cui si rinvia a C. PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, in M. C. BASSIOUNI – A. R. LATAGLIATA – A. M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, I, *Diritto penale*, Milano, 1991, pp. 612 ss.; nonché V. PATALANO, *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in M. C. BASSIOUNI – A. R. LATAGLIATA – A. M. STILE (a cura di), *cit.*, pp. 635 ss.; P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010.

¹²⁸ E segnatamente, le osservazioni secondo cui: le pene accessorie possono risultare più afflittive di quelle principali; la durata fissa potrebbe non essere proporzionata all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico reato; un meccanismo sanzionatorio proporzionale sarebbe più equilibrato di un meccanismo fisso.

¹²⁹ Tali sentenze, espressione del massimo potere decisionale della Corte, sono caratterizzate da una struttura complessa, poiché la legge viene dichiarata incostituzionale sia per ciò che dice (componente ablativa), sia per ciò che non dice (componente additiva); per opinione prevalente sono ammesse solo in presenza di “rime obbligate” (in assenza delle quali residuerebbe solo la facoltà di accoglimento parziale con monito al legislatore) e, in materia penale, solo se *pro reo* (cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 177).

¹³⁰ Come peraltro precisato già nella sentenza C. cost. 31 maggio 2012 n. 134, per la cui disamina si rinvia, *supra*, alla nota n. 34, nonché da L. VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont.*, 1 giugno 2012.

Non appare risolutivo, a tal riguardo, il richiamo al precedente della stessa Consulta n. 50 del 1980¹³¹, ove si consideri che tale pronuncia trattava un'ipotesi assai peculiare di pena fissa sia per gli aspetti detentivi sia per quelli pecuniari¹³², giungendo peraltro a ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, nonostante l'equiparazione tra fatti dolosi e colposi¹³³.

La pena oggetto della sentenza qui commentata, invece, era fissa solo nella parte accessoria, proponendo uno schema sanzionatorio ritenuto non necessariamente illegittimo¹³⁴, anche in assenza di una clausola che operi un adeguamento di proporzionalità¹³⁵.

La pronuncia, proprio per tale motivo, riveste particolare importanza, adottando un orientamento innovativo, ancor più restrittivo rispetto ai criteri di valutazione precedentemente utilizzati, nella parte in cui ritiene incostituzionale una disposizione caratterizzata dalla compresenza di articolazioni flessibili e fisse, determinando la nascita di un *tertium genus*, posto a metà strada tra le fattispecie astrattamente riconducibili alla pronuncia del 1980 (pene totalmente fisse) e quelle caratterizzate da meccanismi (seppur meramente matematici e non discrezionali) di proporzionalità¹³⁶.

Procedendo in tale direzione la Corte non sembrerebbe aver tenuto conto delle finalità che contraddistinguono pene detentive (tendenzialmente rieducative) e pene accessorie (con funzione generalmente preventiva)¹³⁷, o forse, consapevolmente, rilevatane la particolare afflittività¹³⁸, avrebbe

¹³¹ C. cost. 14 aprile 1980 n. 50, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 352.

¹³² Cfr. art. 121 comma 3 del d.P.R. 15 giugno 1959 n. 393 (codice della strada), nel testo sostituito dall'art. 5 della legge 5 maggio 1976 n. 313, nella parte in cui puniva con l'ammenda di Lire 800.000 e con 15 giorni di arresto chiunque circolasse con un veicolo che superi di oltre 30 quintali il peso complessivo consentito.

¹³³ Non considerata come irrazionale attesa la funzione preventiva o cautelare del divieto imposto dal legislatore, in considerazione del rapporto esistente tra natura dell'illecito e misura della sanzione prevista.

¹³⁴ Rispetto alla legittimità delle pene pecuniarie stabilite in misura proporzionale, frutto di una mera operazione matematica compiuta dal Giudice, tenuto a moltiplicare una somma di denaro fissa per un coefficiente numerico correlato alla tipologia di reato, si sono pronunciate, dopo la citata sentenza del 1980, C. cost. 17 novembre 1982 n. 188, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1214 (sanzioni correlate alle frodi nella preparazione di mosti, vini e aceti, quantificate in lire 100.000 per ogni quintale o frazione di quintale sofisticato); C. cost. 22 novembre 2002 n. 475, in *Cass. pen.*, 2003, p. 506 (sanzioni correlate al contrabbando di tabacchi lavorati all'esterno, pari a lire 10.000 per ogni grammo convenzionale di prodotto); C. cost. 21 giugno 2017 n. 142, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 9, p. 1135 (sanzioni correlate all'immigrazione clandestina, quantificate in euro 15.000,00 per ogni persona trasportata).

¹³⁵ In tal senso, C. cost. 21 giugno 2017 n. 142, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 9, p. 1135, secondo cui “*si deve ribadire il costante orientamento della giurisprudenza di questa Corte che ha escluso l'illegittimità delle pene pecuniarie fisse, se accanto a esse il legislatore ha previsto pene detentive dotate di una forbice edittale di ampiezza significativa, da irrogare congiuntamente alle prime [...] tali principi valgono, a maggior ragione, quando a essere accompagnate da pene detentive modulabili sono le sanzioni pecuniarie proporzionali*”.

¹³⁶ Le cosiddette pene “rigide”.

¹³⁷ Su cui si sofferma ampiamente A. GALLUCCIO, *Pene fisse, pene rigide e Costituzione: le sanzioni accessorie interdittive dei delitti di bancarotta fraudolenta ancora al cospetto del Giudice delle leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, pp. 876 ss.

¹³⁸ Che ha condotto autorevole dottrina a sostenerne la fungibilità con le pene principali (*ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X, Milano, 2017, p. 762; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII, Torino, 2014, p. 775; A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino 2008, pp. 267 ss.; S. LARIZZA, *Le pene accessorie: normativa e prospettive*, in AA.VV., *Pene accessorie e sistema penale*, Trieste, 2001, p. 62; P. PISA, *Le pene accessorie, op. cit.*, pp. 5 ss.; G. MARINUCCI – M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 692 ss.).

inteso equiparare il trattamento costituzionale delle pene accessorie interdittive alle misure propriamente detentive.

Le posizioni assunte dalla Corte, singolarmente esaminate, potrebbero finanche apparire condivisibili, in vista di un trattamento sanzionatorio complessivo adattabile in ogni suo aspetto alle concrete fattispecie disciplinate.

Ad un esame d'insieme, tuttavia, emerge il portato dirompente della sentenza, ove si consideri che, in materia penale, la Consulta ha contemporaneamente:

- ritenuto rilevante una questione di legittimità sulla scorta della mera applicabilità della norma, a prescindere dai concreti effetti di un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità;
- sindacato nel merito la ragionevolezza della scelta legislativa, benché i propri precedenti affermassero la legittimità dei trattamenti c.d. misti, con pene detentive variabili e sanzioni accessorie fisse (*rectius*: rigide);
- dichiarato l'incostituzionalità della norma in assenza di rime obbligate e nonostante il legislatore stesse riformando l'intera materia;
- equiparato sostanzialmente il trattamento delle sanzioni interdittive in campo economico a quelle detentive;
- legittimato, seppur nei limiti meglio precedentemente evidenziati, una nuova (e piuttosto contraddittoria) esegesi dei principi cristallizzati nell'art. 41 Cost., che da un lato consentirebbe di sanzionare le condotte contrastanti con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana (come da interpretazione tradizionale), dall'altro diverrebbe parametro di tutela dello stesso reo, rispetto alla possibilità di intraprendere (o semplicemente proseguire) iniziative economiche private correlate alle sue attitudini lavorative;
- attribuito ai magistrati un potere discrezionale pressoché incontestato nella determinazione della sanzione accessoria (non essendo previsto, a seguito della declaratoria di incostituzionalità, alcun minimo edittale).

Proprio tali ultimi aspetti, a dire il vero, rischiano di disorientare anche il più attento giurista, intento a fronteggiare un'evidente incertezza del diritto, che la Consulta - spingendosi (discutibilmente¹³⁹) ad escludere l'applicabilità dell'art. 37 c.p.¹⁴⁰ nella determinazione della nuova sanzione - ha finanche amplificato, determinando l'insorgenza di una rinnovata diatriba interpretativa¹⁴¹, che ha visto

¹³⁹ Rilevato che l'interpretazione di merito di una norma sarebbe estranea ai poteri della Corte.

¹⁴⁰ In virtù del quale la pena accessoria, in assenza di predeterminazione legislativa, ha durata equivalente alla pena principale.

¹⁴¹ Posta all'attenzione delle Sezioni Unite da Cass. Pen. 14 dicembre 2018 n. 56458 (ordinanza).

contrapporsi i sostenitori dell'applicazione dell'art. 37 c.p.¹⁴² e coloro i quali, in ossequio alla pronuncia costituzionale, hanno rivendicato l'esistenza di un potere discrezionale di comminazione della pena accessoria svincolato (limitatamente al *quantum*¹⁴³) da qualsivoglia automatismo sanzionatorio o predeterminato parametro legislativo¹⁴⁴.

La peculiare natura mista della pronuncia, che intreccia una declaratoria di incostituzionalità con un'interpretazione costituzionalmente orientata del nuovo dettato normativo, lascia intuire le difficoltà in cui è incorsa la stessa Corte nel tentativo di affermare una pressoché assoluta prevalenza della discrezionalità giudiziaria su eventuali criteri normativi, che invero non trova riscontro neanche nell'ormai consolidata interpretazione degli artt. 217 e 218 della legge fallimentare¹⁴⁵, che pure hanno rappresentato un indiscutibile parametro di riferimento per il Giudice delle leggi.

La soluzione adottata, sotto tale aspetto, è tanto più incomprensibile ove si consideri che la stessa Corte ha in passato ritenuto conformi al dettato costituzionale le pene accessorie c.d. “rigide”, valorizzando l'esistenza di una clausola di proporzionalità su base meramente matematica, giungendo successivamente a rivendicare una sorta di incomprimibilità della discrezionalità legislativa anche dinanzi al criterio di cui all'art. 37 c.p., pacificamente applicato in analoghe vicende, e predisposto dal legislatore con la chiara finalità di attribuire certezza ed omogeneità alle decisioni giudiziarie.

Il concreto rischio, al quale sono sottoposti gli operatori del diritto, è la possibilità che le Corti di merito, chiamate a pronunciarsi sulle vicende di bancarotta fraudolenta, possano comminare sanzioni interdittive di durata addirittura inferiore a quelle previste per la bancarotta semplice (non essendo ormai previsto alcun minimo) ovvero che, a parità di condotta sanzionata e di pena principale adottata, possano essere individuate sanzioni interdittive di durata irrisoria o al contrario eccessiva.

¹⁴² Cfr. Cass. pen. 7 dicembre 2018 n. 1968, in *CED on line*, 2019, che ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla durata delle pene accessorie, rideterminate in misura corrispondente alla pena principale inflitta all'imputato; conf. Cass. pen. 7 dicembre 2018 n. 1963, in *IlSocietario.it*, 2019 (con nota di Corucci); in senso analogo, seppur antecedentemente alla pronuncia della Consulta, si segnala Cass. Pen. SS.UU. 27 novembre 2014 n. 6240, in *Cass. Pen.*, 2015 p. 2564 (con nota di Costantini).

¹⁴³ Non residuando alcun margine, invece, rispetto all'*an.*

¹⁴⁴ Si veda, di recente, Cass. pen. 29 gennaio 2019 n. 5882, in *CED on line*, 2019, secondo cui “la durata delle pene accessorie previste dall'art. 216, ult. comma, legge fall. [...] non necessariamente deve essere parametrata alla stessa durata della pena principale ai sensi dell'art. 37 cod. pen., in quanto i principi di proporzionalità e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio, posti alla base della decisione di illegittimità costituzionale, non consentono di applicare alcun tipo di automatismo sanzionatorio”; o ancora Cass. pen. 29 gennaio 2019 n. 14643, in *Dir. giust.*, 4 aprile 2019 (con nota di Fontana), secondo cui “Occorre infatti consentire al giudice, nel rispetto del principio di proporzionalità, di determinare con valutazione caso per caso disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie anche sulla base dei parametri di cui all'art. 133 c.p.”.

¹⁴⁵ È infatti consolidato l'orientamento secondo cui le sanzioni previste per le ipotesi meno gravi di bancarotta, dagli artt. 217 e 218 l. fall., vengano comminate in misura corrispondente alla sanzione principale, applicando i principi di cui all'art. 37 c.p. (*ex multis* Cass. pen. 5 febbraio 2015 n. 15638, in *CED on line*, 2015; Cass. pen. 5 giugno 2014 n. 46476, in *Guida al diritto*, 2015, 8, p. 70; Cass. pen. 3 dicembre 2013 n. 2925, in *Riv. Pen.*, 2014, 3, p. 279; Cass. pen. 2 marzo 2010 n. 13579, in *Cass. pen.*, 2011, 3, p. 1210; Cass. pen. 17 aprile 2000 n. 4727, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, p. 1080).

Si perviene, di tal guisa, ad una criticabile incrinatura del principio di certezza del diritto¹⁴⁶, in nome di una tanto ampia, quanto pericolosa, discrezionalità giudiziaria¹⁴⁷, passibile di riscrivere, a colpi di sentenze, il rapporto dialettico tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale.

Il quadro complessivo, come intuibile, non è affatto rassicurante.

Mutuando il pensiero di Nietzsche¹⁴⁸, solo il tempo saprà dirci se il rimedio (sempreché ve ne fosse davvero bisogno) sarà stato peggiore del presunto male.

¹⁴⁶ Su cui si rinvia, tra l'altro, a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, pp. 81 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, pp. 146 ss.; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; ID., *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; G. PINO, *La certezza del diritto nello stato costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, novembre 2017; A. APOSTOLI – M. GORLANI, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto: atti del seminario annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Brescia, 24 novembre 2017*, Napoli, 2018.

¹⁴⁷ Su cui, in chiave generale: P. BIONDI, *In tema di potere discrezionale del giudice: appunti e spunti polemici*, Padova, 1928; A. BARAK – I. MATTEI – A. GAMBARO, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995; A. RENTERÍA DÍAZ, *Il labirinto della giustizia: giudice, discrezionalità, responsabilità*, Milano, 2000; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2014; in chiave penalistica: G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939; F. P. GABRIELI, *I poteri discrezionali del giudice penale: natura, limiti, controlli*, Roma, 1945.

¹⁴⁸ Successivamente ripreso anche da E. SEVERINO, *Antologia filosofica*, Segrate, 1997, p. 315.