

Un modo di agire, suggerito per tutti, profondamente valido ed ancor più per i magistrati, il cui ragionamento e la cui valutazione devono costituire, per definizione, espressione stessa di equilibrio.

La sollecitazione ad una serena analisi vuole comprendere, in tale definizione, tutti i magistrati a qualunque funzione appartengano, siano essi giudicanti o requirenti, poiché la qualifica di parte, attribuita a questi ultimi, non può e non deve tradire il "pubblico" mandato che, come tale, non può trovare limiti se non nella legge e nel generale interesse.

Da ciò scaturisce l'ulteriore insegnamento sul rispetto dei ruoli per tutti i soggetti che appartengono alla celebrazione del processo penale.

Un rispetto, che dalla corretta individuazione dei propri compiti, dei propri doveri, dei propri diritti tragga elementi di certezza circa la celebrazione di un giusto processo delle parti dinanzi ad un giudice terzo, imparziale, attento, partecipativo.

Ed è con questo richiamo che emerge l'attualità dell'insegnamento di Giuseppe Sabatini.

In un momento in cui i migliori valori della società e della giustizia continuamente sembrano esser messi in discussione da sollecitazioni che tradiscono, in maniera fin troppo evidente, la volontà di proporre, anche sotto false spoglie, diversi e non elevati punti di riferimento, il poter invece riaffermare il pieno rispetto del proprio ruolo costituisce certamente argomento di fiducia e di speranza.

E tale ragionamento emerge in tutta la sua preoccupante attualità sol che si pensi che esso non appartiene al solo campo della giustizia ma si estende a tutto il vivere sociale.

Mi sia consentito, in conclusione, derogando al proposito iniziale, operare un solo diretto personale ricordo di un ulteriore insegnamento che il prof. Sabatini ebbe, agli inizi della mia attività, a consegnarmi. Incontrandomi, all'ingresso di un'aula di udienza, mi disse, con una espressione che spesso assumeva tra il burbero e l'affettuoso "Ricordatevi Vostro Onore (mi si rivolgeva spesso così usando il "voi" calabrese, scherzando poi sull'appellativo in voga in trasmissioni televisive dell'epoca) che state andando ad esercitare non il "potere" ma il "dovere".

Direi che l'insegnamento del "maestro" sia tutto compendiato in questa frase apparentemente riconducibile ad una battuta.

Vi è infatti il richiamo ad un attento rispetto della propria funzione, al riferimento del suo concreto contenuto, alla modestia che solo sa chi del proprio dovere ne fa un mezzo di rispetto per gli altri e di invito alla prudente moderazione.

Sulla stessa riflessione, già anni prima, un altro grande giurista, Pietro Calamandrei, aveva richiamato l'attenzione sostenendo che il grave disordine che affligge i nostri giorni risiede "in apicibus" nella dissociazione tra il "potere" ed il "dovere" o meglio, nella insubordinazione del "potere" dinanzi al "dovere".

Un monito purtroppo non ascoltato minacciosamente attuale.

LUIGI CIAMPOLI

F. Mantovani

DOTTRINA

Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive - 2. La costituzionalizzazione del diritto penale - 3. Le fasi della costituzionalizzazione del diritto penale 4. La stagione del ricostruito «volto costituzionale» del diritto penale - 5. La situazione attuale e le prospettive future della costituzionalizzazione penalistica - 6. Le prospettive future dell'europeizzazione e dell'internazionalizzazione.

1. Considerazioni introduttive. - Nella *lectio magistralis* su *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive* (in *Lezioni magistrali*, dirette da F. De Sanctis e F. Fichera, 2006), Enzo Cheli, con un

(*) Il presente scritto è il testo del contributo agli Scritti in onore di Enzo Cheli, *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Bologna, 2010.

capolavoro di sintesi, ha cesellato il volto del recente Stato costituzionale attraverso l'individuazione:

1) dei *fattori storici*, che hanno concorso a determinare la nascita di questa forma di Stato, differenziatesi per talune novità dal precedente Stato di diritto, dallo Stato democratico e dallo Stato sociale di diritto;

2) dei *caratteri innovatori* di tale forma di Stato, costituiti: a) dalla «rigidità» e «lunghezza» delle Costituzioni; b) dalla «tipicità dei contenuti», comprendenti, accanto alle regole organizzative e procedurali dei pubblici poteri, i principi e valori ispiratori della vita civile, sociale e politica della comunità e costituenti lo «spirito della Costituzione» di lunga durata; c) dalla «sovranità popolare», policentrica e poliarchica, esercitabile nelle forme e limiti fissati dalle Costituzioni; d) dal «principio di legalità costituzionale», vincolante non solo i poteri amministrativi, ma anche il potere legislativo, subordinato al controllo della giustizia costituzionale; e) dall'estensione dei «diritti naturali», secolarizzati dalle Carte costituzionali, dalla sfera civile alla sfera sociale ed economica;

3) degli *specifici caratteri* del nostro Stato costituzionale, tracciato dalla Costituzione repubblicana del 1948, come democrazia non maggioritaria, ma costituzionale, pluralista e delle reciproche garanzie, che ha dato complessivamente buona prova e rende problematiche certe prospettate revisioni costituzionali;

4) dei *possibili sviluppi* del moderno Stato costituzionale, verso una «europeizzazione» in uno «Stato costituzionale europeo», fondato sui valori affermati dalle Costituzioni nazionali e delle Carte europee. E, a più lontana e incerta scadenza, verso una «internazionalizzazione» dello Stato costituzionale nel segno di quella pacifica convivenza, che questa forma di Stato ha contribuito a diffondere.

2. La costituzionalizzazione del diritto penale. - Schematica ed approssimativa sintesi, la suddetta, della magistrale lezione di Cheli, ma necessaria premessa per constatare il *simmetrico parallelismo* tra le radici, i caratteri e le prospettive, come sopra tracciate, del modello di Stato costituzionale e del più specifico Stato costituzionale italiano e le radici, i caratteri e le prospettive del modello del diritto penale costituzionalizzato. E altrimenti non potrebbe essere, poiché anche il diritto penale, lungi dal vivere una vita autonoma, è imprescindibilmente condizionato dalle componenti politico-socio-economico-culturali dei diversi tipi di Stato, storicamente succeduti. Ne riflette ed evidenzia le ingiustizie, così come ne registra i progressi verso più dignitose e civili forme di vita sociale.

Circa le radici, lo stesso diritto penale costituzionalizzato non è altro che il recente punto di arrivo dei passaggi storici del diritto penale (1) attraverso: 1) il «diritto penale dell'oppressione», che trova le paradigmatiche espressioni: a) in passato, nel diritto penale dello Stato assoluto, che fungeva da strumento dello strapotere del dispotismo regio e dell'aristocrazia ed era, intrinsecamente, un «diritto penale del nemico», specie rispetto alle classi sociali inferiori; b) e nei tempi moderni, nei diritti penali dei nuovi Stati totalitari e dittatoriali, utilizzanti gli strumenti penali, penalprocessuali e di polizia, raffinati attraverso i progressi della scienza penale e le motivazioni della copertura ideologica, come mezzi di difesa della Verità di Stato e contro le non verità e il dissenso: un diritto «penale di guerra», fino alle degenerazioni estreme di un «non diritto penale»; 2) il «diritto penale del privilegio», proprio dello Stato veteroliberal di diritto, il quale, accanto alle imprescindibili conquiste di civiltà per la razionale impostazione dell'essenza e dei limiti, delle forme e dei mezzi di attuazione del *jus puniendi*, venne altresì a sostituire, sovrapponendosi in tale Stato la proclamata eguaglianza formale ad una sottostante disuguaglianza reale tra soggetti, alla tutela dei preesistenti privilegi nobiliari di diritto, fondati sul «sangue», una nuova tutela dei privilegi di fatto, fondati sul «censo», garantendo la libertà e l'eguaglianza più tra gli «eguali» che fra i «diseguali», costituenti le c.d. «classi pericolose»; 3) il «diritto penale della libertà», espressione del moderno Stato costituzionale, che, col suo «spirito costituzionale», personalistico e solidaristico, impronta e caratterizza i tre grandi settori del diritto penale: il diritto penale del fatto, il diritto penale della personalità dell'autore e il diritto penale delle conseguenze penali.

Circa i caratteri, il diritto penale della libertà va innanzitutto concepito, prima che come un «diritto penale-limite della libertà» (pur sempre nella cornice di coesenziali principi garantisti), come un «diritto penale della libertà», il quale, in una equilibrata sintesi delle posizioni della vittima e del reo, della difesa sociale e della libertà individuale, espliciti la duplice funzione, nei limiti della sua

(1) Vedi più ampiamente: F. Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale, l'amico del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, pp. 470-492.

necessarietà e, quindi, frammentarietà:

1) di *personalistico strumento di libertà*, cioè di tutela su un piano di eguaglianza e senza discriminazioni, dei *beni-fine*, cioè dei diritti fondamentali della persona umana nella sua dimensione individuale e sociale; e dei *beni-mezzo*, cioè dei beni individuali patrimoniali e dei beni ultraindividuali (della famiglia, della collettività, dello Stato democratico nella sua unitarietà e nelle sue istituzioni) strumentali alla conservazione, dignità e sviluppo della persona umana e tutelabili nei limiti di tale strumentalità; contro le aggressioni da parte di chiunque, soggetti privati e soggetti pubblici, essendo diritto fondamentale della persona umana anche, per così dire, il «diritto di libertà dal crimine», fondato sull'art. 2 della nostra Costituzione;

2) di *solidaristico strumento di propulsione* per l'adempimento dei primari doveri di solidarietà e, quindi, del processo di omogeneizzazione sociale e di attuazione delle finalità dello Stato sociale di diritto: di socializzazione in funzione della persona umana, della sua dignità e del suo sviluppo e non viceversa. Pur se nei doverosi limiti in cui la trasformazione del diritto penale, tradizionalmente conservativo-repressivo (di divieti), anche in un diritto penale propulsivo-costruttivo (di comandi) non costituisca intollerabili limitazioni alla libertà individuale, comportando gli obblighi di *facere* più gravose interferenze su tale libertà degli obblighi di *non facere*.

Ed il passaggio da un diritto penale-limite della libertà ad un diritto penale-strumento di libertà dovrebbe segnare anche il passaggio, pur se lento e faticoso, dal Costituzionalismo e dalla Scienza penale tradizionali (con gli assunti del Potere statale come primario «soggetto pericoloso» per i diritti e libertà della persona: della limitazione della potestà punitiva dello Stato nel grado massimo; dell'unidimensionalismo dei diritti costituzionali come «diritti di», con la sola esclusione di interventi limitativi dello Stato; e del garantismo penale unilaterale, dei diritti del reo più che della potenziale vittima) ad un Costituzionalismo e ad una Scienza penale più integrali (2). Ciò nel senso di una più chiara consapevolezza della non sempre necessaria pericolosità dello Stato; della non necessaria rispondenza di una maggiore tutela delle libertà ad una maggiore limitazione dei poteri coercitivi statali, poiché oltre certi limiti controproducente e criminogena; della bidimensionalità dei diritti costituzionali come anche «diritti a», cioè agli interventi statali positivi di contrasto della criminalità, il primario pericolo per i diritti e libertà dei cittadini nello Stato costituzionale, tanto più se organizzata come contrordinamento, per la stessa sovranità di tale Stato; e di un garantismo bilaterale: del reo e della potenziale vittima, essendo anche questa un valore umano non meno di quello. E così privata, costituzionalmente, della sua risalente valenza autoritaria, la potestà punitiva statale diviene funzionale alla «coesistenza delle libertà».

3. *Le fasi della costituzionalizzazione del diritto penale.* — Come lo Stato costituzionale e le relative Costituzioni si sono concretizzati o si stanno concretizzando nelle diverse realtà storiche con gradualità, così anche la costituzionalizzazione del diritto penale si è svolta o si sta svolgendo secondo un processo non solo graduale, ma anche più lento e faticoso, stante le resistenze opposte da preesistenti legislazioni penali, nate e concepite secondo le categorie di tipi di Stati anticonstituzionali o non ancora costituzionali.

E ciò vale anche e in particolare per l'esperienza italiana, poiché, se da un lato è certamente vero che, nel contesto europeo, la nostra Costituzione repubblicana è — come ricorda Cheli — uno dei primi esempi, se non il primo, di Stato costituzionale e l'esigenza della costituzionalizzazione del nostro diritto penale si è imposta con la più chiara e sistematica consapevolezza sul piano, innanzitutto e primariamente, dottrinale, è, d'altro lato, non meno vero che sul piano delle concrete attuazioni ha trovato nella preesistente legislazione penale (dal codice penale del 1930 alle tante leggi penali speciali), prodotto di uno Stato autoritario, un retardante ostacolo, ma ad un tempo anche un forte stimolo per un adeguamento del nostro diritto penale ai principi e valori della nuova Carta costituzionale. Ed, invero, a sessant'anni dall'entrata in vigore di tale Carta, nei rapporti tra diritto penale e Costituzione possiamo distinguere, pur se schematicamente, quattro fasi fondamentali.

A) In una prima fase, iniziale, la Costituzione viene relegata ad una trascurata appendice dell'ordinamento penale, volta più a conservare che a vivificare e ad indirizzare le leggi penali ordinarie. Fino, da parte di certa dottrina e giurisprudenza, a riconoscere alla legge penale, con un ribaltamento del principio della gerarchia delle fonti, la funzione di limite alla norma costituzionale e non viceversa.

(2) Per una più ampia trattazione, vedi: F. Mantovani, *La criminalità: il vero limite all'effettività dei diritti e libertà nello Stato di diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, pp. 707-719.

B) In una seconda fase si inizia a riconoscere alla Costituzione, in forza del tenace argomento della sua rigidità di fonte gerarchicamente primaria, la sua funzione di limite del diritto penale, il quale può sanzionare, col proprio apparato sanzionatorio, soltanto dei limiti, già contenuti esplicitamente o implicitamente nella stessa Costituzione. E comincia, così, la fase, in seguito anche all'entrata in funzione della Corte costituzionale, delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, rispetto alle norme penali in più stridente contrasto con il nuovo ordinamento costituzionale.

Con la conseguente ripulitura, da parte della Corte costituzionale o di interventi legislativi modificativi od abrogativi, del codice penale dalla responsabilità di posizione del direttore del giornale, dai delitti di adulterio e di concubinato, dai delitti di sciopero, in quanto contrastanti, rispettivamente, coi principi della responsabilità penale personale, di eguaglianza e del diritto di sciopero.

Anche se gli interventi della Corte costituzionale sul diritto penale continuarono ad essere ben più cauti che in materia processuale-penale. Per la preoccupazione di non creare vuoti legislativi e di rispettare la discrezionalità del legislatore, la Corte, pur se ripetutamente sollecitata su settori qualificanti, si limitò soprattutto a scalfire le diffuse anomalie costituzionali del codice penale, talora sottraendosi a precise prese di posizione anche su materie prive di un diretto contenuto politico (ad es.: sul residuo storico della responsabilità oggettiva).

4. *La stagione del ricostruito «volto costituzionale» del diritto penale.* — Una terza fase ha costituito — per quanto concerne in particolare l'esperienza italiana — la fiorente ed esaltante stagione della impegnativa costituzionalizzazione penalistica, volta a delineare il nuovo volto del diritto penale costituzionalizzato dello Stato costituzionale.

Secondo la dottrina penalistica, più sensibile ed impegnata, ma anche più equilibrata e realistica, si concorda sulla seguente serie di assunti di fondo (3).

A) Primo assunto è, innanzitutto, che la Costituzione non è soltanto il limite garantista, ma anche il *fondamento* del diritto penale, avendo questo assunto la funzione di strumento di tutela dei valori costituzionali; e che, nella sua logica di Costituzione personalistica e solidaristica, ha come corollari penalistici *a) la centralità della persona umana*, costituendo la conservazione, la dignità e lo sviluppo di tale persona il fine primo ed ultimo del diritto penale; *b) la conseguente distinzione personalistica*, già accennata, tra *beni-fine* e *beni-mezzo*; *c) la coerente centralità dei delitti contro la persona*, che, proprio per la loro priorità, debbono anche topograficamente aprire la Parte speciale di un codice penale costituzionalizzato, seguiti via via dai delitti-mezzo, cioè posti a tutela dei beni strumentali rispetto ai suddetti beni-fine.

B) Secondo assunto è che la Costituzione, come viene realisticamente riconosciuto, pur essendo la struttura portante anche del diritto penale: *b) se*, da un lato, non offre l'automatica soluzione alla ricostruzione di esso in termini costituzionali, poiché lo stesso testo costituzionale, nei principi enunciati, nei beni e valori tutelati, nella gerarchia della tutela e per le diversità di interpretazioni, non è sempre una guida sicura per il legislatore ordinario e l'interprete; con spazi di scelta, irrimediabilmente ma anche opportunamente, lasciati al legislatore, onde anche la discrezionalità dell'eliminabile apprezzamento politico consente un sindacato di incostituzionalità nei limiti dell'«incompatibilità» e dell'«irragionevolezza»; *2) da altro lato*, segna, quale Costituzione — come sottolinea Cheli — «rigida», «lunga» e «garantista». Le «direttrici di fondo», le linee-guida, per la costituzionalizzazione del nostro diritto penale. Direttrici che sono costituite: *a) dai principi costituzionali*; *b) dai valori e beni giuridici costituzionalizzati*. Per cui, svincolando il diritto penale da essi, si aprono le pericolose chine dell'*arbitrium legis et iudicis*: dello strapotere delle cangianti maggioranze parlamentari e dei soggettivismi ideologici e caratteriali dei magistrati, costituenti entrambi deviazioni, rispettivamente, dal nostro Stato costituzionale, chelatamente definito come «democrazia non maggioritaria», ma delle «reciproche garanzie», e dal principio costituzionale della dipendenza della magistratura dalla sola legge: del *ius dicere* e non del *ius facere*.

C) Terzo assunto è che i *principi costituzionali*, che concorrono a scellare il volto costituzionalizzato del diritto penale, sono costituiti:

1) non solo dai *principi espressi*, di diretto contenuto penale, che in numero non riscontrabile in altre Costituzioni, riguardano sia la formulazione del precetto penale e il suo momento applicati-

(3) F. Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 2007, XLIII-XLVII, 184-2001, e Autori ivi citati.

vo e, quindi, in particolare i poteri del giudice, sia la struttura oggettiva e soggettiva del reato, sia la rilevanza della personalità del reo, sia il trattamento sanzionatorio (artt. 10, 24, 25, 26, 27, 68, 75, 79, 87, 90, 96, 101 Cost.); ma anche dai *principi non espressi*; pur sempre di diretto contenuto penale, desumibili e desunti da norme particolari (quali, ad es., il *favor libertatis*) o da altri principi espressi (quali, ad es., i principi della riserva di legge, di tassatività, di materialità ed offensività del fatto);

2) non solo dai *principi con forza normativa*, per il legislatore e per l'interprete (es.: della riserva di legge, irretroattività, responsabilità penale personale), e che, quindi rendono (come hanno già talora reso) incostituzionali le leggi con essi contrastanti. Ma, altresì, dai *principi di indirizzo politico o informativo* (es.: di *extrema ratio*, di sussidiarietà, di offensività, della finalità rieducativa della pena), che pongono «vincoli di massima» per la costruzione delle fattispecie e l'esecuzione della pena, ammettendo, pur costituendo essi principi «regolari», delle deroghe per evitare la «tirannide dei principi» e consente necessarie mediazioni con altri principi contrastanti (es.: del principio di offensività col principio della prevenzione delle offese a beni giuridici fondamentali, con anticipazioni della soglia della punibilità). Con conseguente più ampia discrezionalità legislativa;

3) nonché dai *principi costituenti clausole qualificanti il tipo del nostro ordinamento costituzionale*, rappresentati, oltre che dal principio democratico, dal principio pluralistico e dal principio lavorista, dai due principi cardine, linfa vivificante, che deve circolare anche nell'intero nostro sistema penale. E cioè, come già accennato: a) il *principio personalistico*, che, in netta contrapposizione con ogni concezione utilitaristica dell'uomo-cosa, dell'uomo-massa, dell'uomo-mezzo, si fonda sulla concezione dell'uomo-valore, dell'uomo-persona, dell'uomo-fine, non strumentalizzabile per alcuna finalità extrapersonale, neppure di politica criminale. Ha portato altresì, il suddetto principio, a concepire, e a formulare costituzionalmente, i diritti e le libertà fondamentali, più strettamente attinenti alla persona umana come tale (es.: artt. 19, 21, 33, 49 Cost.) senza alcun vincolo di carattere funzionale e, quindi, non sanzionabile penalmente. Costituisce, inoltre, una clausola aperta (così l'art. 2 Cost.), pronta a recepire nuovi beni della persona umana, via via emergenti, meritevoli anche di tutela penale (come è avvenuto, ad es., con l'invulnerabilità psichica, la riservatezza domiciliare, informatica e telematica, la dignità umana e l'identità biologica nel campo biomedico). E condiziona profondamente la concezione e la ricostruzione dell'intero sistema di reati e, segnatamente, dei delitti contro la persona; b) il *principio solidaristico*, che ha portato a concepire, e a formulare costituzionalmente, i diritti e le libertà (a cominciare dalla proprietà e dall'iniziativa privata: artt. 41, 42, 43, 44 Cost.), caratterizzati da una particolare rilevanza economico-sociale ed alla limitazione di quali resta condizionata la libertà e i diritti degli altri soggetti, in termini funzionali: in funzione del superiore bene di tutti e nei limiti di tale funzione, sanzionati e sanzionabili anche penalmente (a tutela dei beni della salute collettiva, della pubblica incolumità, dell'ambiente, del patrimonio urbanistico e culturale, ecc.). Ha altresì imposto, tale principio, i doveri individuali inderogabili di solidarietà politica, economica, sociale, volti a concorrere, unitamente ai primari compiti positivi dello Stato, alla rimozione degli ostacoli economico-sociali, che si oppongono alla omogeneizzazione sociale (oltre a predisporre anche alla criminalità) e a far sì che l'istanza personalistica diventi una concreta realtà per tutti. Finalità, queste, alla realizzazione delle quali, se necessitano primariamente ben superiori iniziative statuali e interventi di altri rami del nostro ordinamento giuridico, anche il diritto penale può offrire ad essa – pur se nei dovuti limiti – il peso delle proprie sanzioni (come già avviene per l'adempimento dei doveri solidaristici in materia di prestazione tributaria, di difesa militare, di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli, ecc.). E l'istanza solidaristica ha fortemente influenzato la finalità anche risocializzatrice delle sanzioni penali e la fase della loro esecuzione, attraverso la costituzionalizzazione anche del nuovo Ordinario penitenziario.

D) Quarto assunto è che i *beni*, oggetto di tutela penale, secondo la innovativa impostazione costituzionalistica italiana:

1) debbono innanzitutto presentare, per potere svolgere la loro funzione di fondamento e limite del diritto penale, il duplice presupposto: a) della loro *presenza ontologica* alla legge penale, poiché tale funzione è vanificata se essi sono dei meri *bona*, creati dal legislatore penale; b) della loro *vincolatività* per tale legislatore, poiché detta funzione è altresì compromessa se essi sono dei *bona* semplicemente preesistenti alla legge penale (ricavabili *altronde*: dall'illuministico contratto sociale, dalla teoria umanistico-personalistica, dalla teoria sociologico-funzionale dei fatti socialmente dan-

nosi), sia per la loro vincolatività, sia per la difficoltà di creare criteri oggettivi per la loro identificazione;

2) soddisfano, i suddetti beni, tale duplice esigenza, in quanto si tratti di *beni costituzionalmente orientati*, nel senso che essi abbracciano: a) sia, e innanzitutto, i *beni costituzionalmente rilevanti*, stante la vincolatività della nostra Costituzione ed espressione, essi, di un consenso sociale di fondo; b) sia, altresì e al più, i *beni desumibili dalla attuale realtà socio-culturale e costituzionalmente non incompatibili*, quali i beni via via emergenti, non riconducibili al *numerus clausus* dei beni costituzionalmente rilevanti, ma che non contrastano con, ma addirittura favoriscono, la conservazione, la dignità, lo sviluppo della persona umana (quali i beni dell'ambiente, ammesso che prima del modificato art. 117/2 Cost. non fosse già costituzionalizzato, come parimenti il bene della riservatezza della vita privata; il patrimonio faunistico e floristico; il c.d. diritto dell'animale alla non sofferenza);

3) impongono, i suddetti beni, al legislatore penale, bandendo essi dalla tutela penale tutto il *costituzionalmente incompatibile, divieti costituzionali di incriminazione*, derivanti sia dai principi costituzionali generali (es.: dagli artt. 3/1 e 29/2 Cost., i divieti di discriminazioni penali in base alla razza, ecc., e fra coniugi); sia dai diritti costituzionali di libertà, che vietano l'imposizioni di limiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla Costituzione (es.: il preavviso rispetto alle riunioni in luogo non pubblico) o, comunque, non imposti dalla tutela di altri collidenti interessi costituzionali (es.: della vita rispetto al diritto di sciopero, del segreto nell'interesse della giustizia e della sicurezza nazionale rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero). Ma non impongono invece, nonostante la loro rilevanza di beni costituzionali, *obblighi costituzionali di criminalizzazione*, esprimendo tale rilevanza la «meritevolezza», ma non anche e perciò solo il «bisogno» di tutela penale, dipendendo questo dal rango primario dei beni (così i beni-fine della persona umana, i beni dell'incolumità e salute collettiva, i beni concernenti l'assetto politico-costituzionale) e, comunque, dalla inadeguatezza dei mezzi di tutela extrapenali;

4) costituiscono, i suddetti beni, – pur non offrendo anche il «bene costituzionalmente orientato» magiche soluzioni al problema della tutela penale, per le incertezze e polivalenze della stessa Costituzione, costruita non come «catalogo di beni» – pur sempre un poderoso strumento per la ricostruzione della Parte speciale del diritto penale dello Stato costituzionale, segnando le direttrici di fondo: a) per la *criminalizzazione* dei fatti offensivi dei beni costituzionalmente orientati, bisognosi di tutela penale; b) per la *eliminazione* come illeciti, non solo penali, dei reati a tutela di interessi incompatibili con la Costituzione o anacronistici rispetto alla realtà socio-culturale attuale (così è avvenuto, ad es., per i delitti d'onore); c) per la *depenalizzazione* ad illeciti amministrativi, almeno come direttrice di politica criminale, i fatti a tutela di interessi non costituzionalizzati e non incompatibili costituzionalmente o i fatti perseguibili per la tutela anticipata o costituenti un'offesa bagatelare di beni costituzionalizzati; d) per *proporzionare* la qualità e la quantità della pena dei reati al diverso *rango* dei beni (secondo la gerarchia desumibile, anche se non sempre agevolmente, specie per i beni intermedi, dalla Costituzione personalistica e dalla realtà socio-culturale attuale) e al diverso *grado e quantità dell'offesa*; e) per l'*adeguamento*, in via interpretativa e nei limiti della lettera della legge, della legislazione penale ai nuovi valori costituzionali.

In breve, il ricostruito bene costituzionalmente orientato svolge la triplice funzione: a) *politico-garantista* contro l'*arbitrium legis*; b) *interpretativa* rispetto alle fattispecie legali; c) *classificatoria*, dei reati (secondo uno schema classificatorio, ricalcato sullo schema classificatorio della Costituzione, adottato dal Progetto di un nuovo codice penale del 1992 e riclassificante i reati secondo il seguente ordine: reati contro la persona, reati contro i rapporti civili, sociali ed economici; reati contro la comunità, reati contro la Repubblica). E il profuso impegno dottrinale per la costituzionalizzazione del diritto penale ha conseguito il triplice benemerito risultato: 1) di sensibilizzare la prassi, magistratura e foro, alle problematiche costituzionali del sistema penale, con conseguenti applicazioni della vigente legislazione penale più conformi ai principi, ai valori e allo spirito della Costituzione repubblicana; 2) di stimolare interventi più ampi ed incisivi della Corte costituzionale, che nel complesso hanno portato a corrette prese di posizione su diversi settori del diritto penale (così, in particolare, rispetto ai principi di legalità e della riserva di legge, circoscritti, il primo, alla sola legge statale ed esteso, il secondo, anche alla legge materiale; al principio della responsabilità penale personale, intesa come responsabilità per il fatto proprio e colpevole, con scusabilità della *ignorantia legis inevitabile*; al finalismo rieducativo della pena, sostanzialmente limitato alla necessità, in fase esecutiva, di strumenti di lavo-

ro, istruzione e cura, non impediscono la risocializzazione del soggetto; alla categoria delle misure di sicurezza, fortemente ridimensionate dalla giurisprudenza costituzionale; all'istituto dell'extradizione, con interpretazione dei limiti tale da non ostacolare la collaborazione internazionale; 3) di sollecitare la ricodificazione costituzionalizzata del nostro diritto penale, col succedersi di una serie di Progetti di un nuovo codice penale, redatti da Commissioni di nomina ministeriale, anche se rimasti senza esito per cause sia esterne alla scienza penale (mancanza di un'ampia condivisione sociale di un sistema di valori e di soggetti politici sufficientemente stabili, deterioramento del quadro politico-istituzionale, emergenze criminali), sia interni ad essa (tendenze decodificatrici in microsistemi penali autonomi, ipercriticismi dottrinali onnidemolitivi, vagheggiati sistemi penali inattuabili, esasperazione delle divisioni anziché ricerca di unità su punti fermi).

5. **La situazione attuale e le prospettive future della costituzionalizzazione penalistica.** - A) Circa la situazione italiana attuale, essa è caratterizzata da un affievolimento dello slancio costituzionalizzatore e da uno sfioramento dell'auspicato volto del diritto penale costituzionalizzato, per una serie convergente di contraddizioni, di ambivalenze, di mutate realtà sociali, che hanno investito la scienza penale, per certi suoi atteggiamenti autoreferenziali, di autocontemplazione dei propri disinganni e di autoesclusione dal dialogo col legislatore; per certe contrapposizioni tra i sostenitori dell'irrinunciabilità del diritto penale, pur se razionalizzato ed umanizzato costituzionalmente, ed i sostenitori di ostili posizioni non tanto riduzionistiche quanto abrogazionistiche del diritto penale, anche se non prese in seria considerazione per la genericità dei modelli alternativi proposti. B) La prassi giurisprudenziale, poiché, accanto a certi indulgenzialismi criminogeni, si riscontra l'incoerenza, da un lato, del potenziamento di certi principi costituzionali (quali quelli di offensività e di colpevolezza) e, dall'altro, dell'affievolimento di altri principi (quali quello di legalità, fino a sentenze costituenti atti di sovranità punitiva di legittimazione). C) Il fenomeno criminoso, ove si assiste ad un aumento quantitativo della criminalità (specie di quella diffusa, che incide immediatamente sulla qualità della nostra vita quotidiana) e ad un peggioramento qualitativo della stessa (sempre più immotivatamente e sproporzionatamente violenta, crudele, sanguinaria, spregiudicata, irridente); D) L'attività legislativa e politico-criminale, ove si assiste, accanto ad interventi legislativi di razionalizzazione e di depenalizzazione, di umanizzazione e di garantismo, di clemenzialismi e di ineffettività sanzionatoria, anche ad un aumento quantitativo e ad un peggioramento qualitativo del diritto penale, l'amaro frutto dello smembramento del primario controllo culturale-sociale, provocato dalla sostituzione al sistema dei valori anticrimine di un controsistema di disvalori criminogeni, per cui il diritto penale è degradato da *extrema ratio* ad *unica ratio* del controllo del crimine, rivelando, in questa sua «crisi di solitudine», le sue inadeguatezze.

B) Circa le prospettive future del modello generale del diritto penale costituzionalizzato, premesso che il metodo più corretto per attribuire un minimo di scientificità all'arduo giudizio prognostico è quello non dei soggettivismi ottimismo e pessimismo, ma dell'*estrapolazione* empirica dalle tendenze evolutive del diritto penale, storicamente rilevate, dei verosimili sviluppi futuri dello stesso, non si può non constatare che anche tale estrapolazione rivela ambiguità e discordanze, che rendono problematiche ed incerte le prognosi su tali sviluppi (4).

E più precisamente: 1) la disomogeneità nelle direttrici di evoluzione penalistica, specie se rapportate ad ampie aree geoculturali eterogenee: così, in particolare, tra il diritto penale degli Stati Uniti, da tempo caratterizzato da inasprimenti repressivi, non senza qualche influenza anche in Europa, e i diritti penali europei, che negli ultimi decenni non appaiono contrassegnati, in misura maggiore o minore, da analoghe tendenze; 2) la disomogeneità delle tendenze di sviluppo dei singoli diritti penali europei, maggiormente orientati, taluni, alla riduzione e, altri, all'allargamento della penalizzazione; quando non anche la contraddittorietà politico-criminale, già rilevata per quanto riguarda il nostro diritto penale; 3) la diversità di tendenze evolutive a seconda dei diversi settori del diritto penale (criminalità diffusa, criminalità economica e ambientale, criminalità organizzata e terroristica, criminalità sessuale). Di fronte alla disomogeneità della situazione presente e le conseguenti incertezze sulle prospettive future del diritto penale, che pongono l'interrogativo se il suddetto stato di cose costituisca una crisi acuta e, quindi,

transitoria o se, attraverso nuovi sviluppi, sia destinata a caratterizzare stabilmente il nostro diritto penale, quale espressione di riaffioranti concezioni torbide del mondo, il principio di realtà sembra porti a ricordare i seguenti assunti, non sufficientemente considerati dalla scienza penale e dalla comune opinione: 1) che esiste uno stretto rapporto tra le future sorti del diritto penale e l'evolversi delle condizioni generali delle nostre società: verso l'ordine o il disordine, la stabilizzazione e la destabilizzazione sociale, verso lo Stato costituzionale o lo Stato incostituzionale; 2) che tra andamento della criminalità e garantismo esiste un rapporto di proporzione inversa, poiché ad ogni aumento e incrudelimento della criminalità e, quindi, di domanda di sicurezza, fa riscontro una puntuale attenuazione delle garanzie; 3) che le moderne società si trovano di fronte ad una drastica alternativa: a) o ripristinare il primario controllo culturale-sociale del crimine e della illegalità, con la sostituzione di un sistema di valori anticrimine all'attuale controsistema egemone di disvalori criminogeni; con un'inversione culturale non probabile a breve e a medio termine; b) o rassegnarsi ad un incremento e peggioramento della criminalità e ad un conseguente incremento e peggioramento del diritto penale. Poiché vale sempre il monito che ogni società ha la criminalità, e il diritto penale, che si merita e che la seguono come la propria ombra. E la propria cattiva coscienza.

6. **Le prospettive future dell'uropeizzazione e dell'internazionalizzazione.** - Pur nel quadro delle suddette incertezze, per lo stretto parallelismo tra Stato costituzionale e diritto penale costituzionalizzato, la duplice tendenza, rilevata da Enzo Cheli, ad un'*uropeizzazione* e ad un'*internazionalizzazione* del modello di Stato costituzionale, dovuta al processo, ancora in pieno svolgimento, di declino degli Stati nazionali e delle relative sovranità, non può non avere come correlato - pur nell'incertezza dei tempi di attuazione - una europeizzazione ed internazionalizzazione del modello di diritto penale costituzionalizzato.

A) Per quanto concerne lo spazio europeo, ad un diritto costituzionale europeo, indicato da Cheli come il naturale punto di approdo - pur con le note fasi di ristagno - del processo di integrazione ultracinquantennale e in via di affermazione attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950), la Carta dei diritti fondamentali (2000), il Trattato costituzionale europeo (2004), ove trova le prime espressioni un nascente Stato costituzionale europeo, fa riscontro e farà sempre più riscontro sul piano penale - in attesa di un futuro diritto penale europeo, emanato da un legislatore europeo, tuttora inesistente, con potestà penale - un processo di sempre più intensa europeizzazione dei diritti penali degli Stati membri dell'Unione europea. Attraverso le vie, attualmente disponibili: delle tecniche dell'assimilazione, sotto il profilo della tutela penale, degli interessi comunitari a quelli statali simili; dell'armonizzazione dei diritti penali nazionali; dell'unificazione delle normative penali nazionali; dell'interpretazione delle leggi penali nazionali secondo il diritto comunitario e della disapplicazione di tali leggi contrastanti con tale diritto; nonché attraverso il c.d. diritto penale europeo convenzionale, le risoluzioni e raccomandazioni del Consiglio d'Europa e la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte per i diritti dell'uomo. E come il nascente Stato costituzionale europeo si fonda sulla sfera di principi e di diritti umani, sanciti nei suddetti documenti europei, che rappresentano la sintesi dei valori già affermati nelle Costituzioni degli Stati costituzionali europei, secondo la tradizione dei costituzionalismi continentali e anglosassoni, così a tali principi e diritti umani si ispira anche il processo di europeizzazione dei diritti penali nazionali e si ispirerà un futuro diritto penale europeo.

B) Per quanto concerne la prospettiva, a ben più lontana ed incerta scadenza, dell'*internazionalizzazione* dello Stato costituzionale, per Enzo Cheli, si tratta di uno sbocco, che, da un lato, appare sempre più inevitabile, sotto la spinta dei processi di mondializzazione dei mercati, dello sviluppo dei flussi migratori, delle esigenze di cooperazione economica, sociale ed umanitaria tra i vari paesi, della nascita di un'opinione pubblica mondiale favorita dalla «società dell'informazione» e della «conoscenza». Ma che, d'altro lato, la divisione tra gli interessi delle varie aree del mondo tende di continuo ad allontanare. Onde una serie di interrogativi, per Cheli senza risposta, per il momento, ma con la speranza di ricerca di risposte in un non lontano futuro: come trasferire dal livello nazionale al livello mondiale quei principi di democrazia pluralista, che lo Stato costituzionale ha contribuito a diffondere? Come ridare forza al diritto internazionale in tutte le sue componenti, consuetudinarie e pattizie? Come costruire una rete mondiale di garanzie anche giurisdizionali ai fini del rispetto e affermazione di tale diritto? E quale grado di autonomia gli organismi internazionali, preposti a garantire la pacifica convivenza tra le Nazioni, saranno capaci di conquistarsi rispetto ai condizionamenti degli Stati nazionali, dotati di maggiore forza

(4) F. Mantovani, *La «perenne crisi» è la «perenne vitalità» della pena e la «crisi di solitudine» del diritto penale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, Milano, Giuffrè, pp. 2006, 1206-1211.

politica, economica e militare, e quale efficacia impositiva rispetto agli ancora tanti «Stati non costituzionali», più refrattari al diritto internazionale? Per lo stretto parallelismo anche tra l'internazionalizzazione dello Stato costituzionale e l'internazionalizzazione del diritto penale costituzionalizzato, se, da un lato, le incertezze e gli interrogativi sulla prima si riflettono inevitabilmente sulla seconda, stante la persistente maggioranza di Stati totalitari e dittatoriali, autoritari e fondamentalisti, da altro lato è altrettanto vero che ogni affermazione internazionale dello Stato costituzionale avrà come correlato una simmetrica affermazione internazionale del diritto penale costituzionalizzato. Come appaiono confermare, per estrapolazione, le tre attuali tendenze evolutive, costituite:

1) dall'*emanazione*, parallelamente, alla caduta dei regimi totalitari e dittatoriali (in particolare di quelli nazisti, comunisti e fascisti europei) e al conseguente avvento di regimi, ispirati, in misura maggiore o minore, al modello dello Stato costituzionale, di *nuovi codici penali*, ispirati al modello del diritto penale costituzionalizzato. Anche se questo processo di civilizzazione penalistica potrà subire sempre regressioni, poiché la storia umana procede non sempre per linee rette, ma anche con tragiche «anse» (quali i terrorismi, anche penali, dei totalitarismi, disumane connotazioni del secolo scorso e presenti anche nel nuovo secolo), in quanto la libertà non è una conquista mai definitiva, ma perseguibile e da difendere ogni giorno;

2) dalla *internizzazione del diritto penale internazionale*, attraverso la penetrazione civilizzatrice in questo dei principi generali e degli istituti della parte generale del diritto penale, ricavabili dai maggiori e più evoluti sistemi penali interni del mondo, rispondenti a quelli dei moderni Stati costituzionali. Come è avvenuto col Codice penale internazionale, contenuto nello Statuto della Corte penale internazionale permanente (1998), e che ha recepito, sostanzialmente, i principi di legalità-tassatività dei crimini internazionali e delle pene, di irretroattività, di colpevolezza, le cause oggettive e soggettive di esclusione della responsabilità, e gli istituti del concorso di persone e del tentativo;

3) dalla *internazionalizzazione dei diritti penali interni*, attraverso la penetrazione in questi del diritto penale internazionale (mediante le convenzioni sottoscritte e le leggi nazionali di adeguamento): per quanto riguarda non i principi di Parte generale, essendo in materia tale diritto debitore verso i diritti penali interni costituzionalizzati, bensì i crimini internazionali della Parte speciale, quali in particolare quelli previsti dallo Statuto del 1998. Sicché i diritti penali degli Stati firmatari si sono venuti arricchendo di una serie di crimini contro l'umanità, la pace, di guerra, la cui penetrazione nei sistemi penali interni, oltre a costituire il presupposto per l'esercizio delle prioritarie giurisdizioni nazionali rispetto alla giurisdizione sussidiaria della Corte penale internazionale, contribuisce, in un mondo minacciato da continui insorgenti pericoli, assieme al potenziamento del diritto penale internazionale alla conservazione della pace e alla tutela dei diritti della persona umana.

FERRANDO MANTOVANI

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (*)

DECISIONI DELLA CORTE

Sentenza n. 236 - 19 luglio 2011.

Pres. Quaranta - Rel. Lattanzi

Reati e pene - Prescrizione - Modifiche normative comportanti un regime più favorevole in tema di prescrizione dei reati - Disciplina transitoria - Inapplicabilità delle nuove norme ai processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione - Questione di legittimità costituzionale - Infondatezza (Cost. art. 117; L. n. 848 del 4 agosto 1955,

(*) A cura di G. Spangher.

«Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», art. 8.; L. n. 251 del 5 dicembre 2005, art. 10, comma 3).

L'art. 10/3 della Legge n. 251/05 - nella parte in cui esclude l'applicabilità retroattiva della nuova disciplina in materia di prescrizione in favore degli imputati che, all'entrata in vigore della suddetta norma, siano stati già giudicati con sentenza di primo grado - non si pone in contrasto con l'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nella interpretazione giurisprudenziale fornita dalla Corte di Giustizia e pertanto è compatibile con la disposizione di cui all'art. 117 primo comma Cost. (1).

(1) La consulta ribadisce la derogabilità del principio di retroattività della *lex mitior*.

SOMMARIO: 1. La sentenza in esame; 2. Il rango della norma convenzionale di cui all'art. 7 C.E.D.U. e il contemperamento con gli altri interessi costituzionalmente garantiti; 3. La ratio sottesa al principio di retroattività della *lex mitior*; 4. L'ambito operativo del principio di retroattività della *lex mitior* nell'interpretazione fornita dalla consulta alla sentenza «Scoppola» ed alla decisione «Morabito»; 5. I due casi sottoposti al giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo richiamati nella sentenza in commento; 6. Le conclusioni della consulta.

Abstract. - La Corte Costituzionale, con la sentenza in commento, ha dichiarato infondata la questione di legittimità proposta dalla Seconda Sezione della Corte di Cassazione con ordinanza n. 22357/10, nella quale si denunciava l'apparente conflitto della norma di cui all'art. 10/5 L. 251/05 con l'art. 117 primo comma della Costituzione nella parte in cui impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi di carattere internazionale tra cui rientrano quelli codificati nell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'interpretazione giurisprudenziale fornita dalla Corte di Strasburgo.

Il Giudice delle Leggi, chiarita la reale portata della pronuncia emanata dalla *Grande Chambre* della Corte Europea, ha stabilito che il principio di retroattività della *lex mitior* non è assoluto ed inderogabile e che, nel caso giurisprudenziale di matrice europea, tale principio è riconosciuto solo in relazione alle norme *stricto sensu* incriminatrici, non potendosi quindi estendere alle disposizioni penali dettate in materia di prescrizione dei reati.

1. La Consulta - chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 10/3 della Legge 251/05 con i «vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali» di cui all'art. 117 primo comma della Costituzione, rappresentati, nel caso specifico, dal principio di retroattività della *lex mitior* codificato nell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (1) - ha statuito che la norma sottoposta allo scrutinio di legittimità non si pone in contrasto con la Carta Costituzionale.

Il vaglio era stato invocato con l'ordinanza n. 22357/10 - emessa in data 11 giugno 2010 dalla Sezione II della Corte di Cassazione. La questione, per vero, aveva manifestato tutta la sua complessità generando, già in seno alla giurisprudenza di legittimità, pronunce di segno nettamente opposto (2).

Il giudice rimettente aveva evidenziato il contrasto tra la norma ordinaria interna (la quale, nella parte in cui escludeva l'applicabilità della nuova e più favorevole disciplina in tema di prescrizione dei reati nei processi già pendenti in grado di appello o di cassazione al momento dell'entrata in vigore della novella, fissava una deroga al principio di retroattività della *lex mitior*) e l'art. 117 primo comma della Costituzione che, nello specifico, imponeva al legislatore il rispetto del predetto principio codificato nell'art. 7 nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella sentenza n. 10249/03 del 17 settembre 2009.

La medesima questione veniva sollevata anche dalle Corti di merito di Venezia e Bari che, rispettivamente con le ordinanze n. 1 e 47 del 2011, rimettevano gli atti alla Corte Costituzionale per il predetto giudizio. Tali ultime due ordinanze venivano dichiarate inammissibili per carenza descrittiva della fattispecie concreta e per omessa motivazione in ordine alla rilevanza della questione.

Giudicata ammissibile la sola la sola questione devoluta al giudizio della Consulta dalla Seconda Sezione della Suprema Corte di Cassazione, la censura di costituzionalità veniva rigettata per infondata-

(1) Per come statuito Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella nota sentenza n. 10249/03 del 17 settembre 2009.

(2) Si fa riferimento al contrasto giurisprudenziale emerso tra la Seconda e la Sesta Sezione della Corte di Cassazione che hanno giudicato, in maniera assolutamente antitetica la medesima questione di legittimità costituzionale prospettata nel giudizio *a quo*. Si segnala in merito nota dello scrivente «Ex Cirielli: manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10/3. Luci ed ombre di un'apparente dietrofronti» in questa rivista, numero di giugno 2011).