

# Editoriale

## Costituzione e diritto penale: un rapido sguardo d'insieme

Francesco Palazzo\*

### 1. Opposizione e sinergia nel rapporto tra Costituzione e diritto penale

In questi nostri tempi, che sono stati detti di “passione” o addirittura di “furore” punitivo, è certamente meritorio riprendere il discorso sul rapporto tra Costituzione e diritto penale. Un rapporto che tutti sanno, anche se talvolta viene più o meno maliziosamente dimenticato, essere di intrinseca, naturale compenetrazione: è arcinota l'affermazione per cui il diritto penale è sostanzialmente costituzionale.

Tradizionalmente questo rapporto è stato visto come antagonistico o comunque di tensione. Ma forse si può anche parlare di un altro verso di tal rapporto: in senso, cioè, sinergico. Ma andiamo con ordine, iniziando dalla tradizione. Poche battute sono sufficienti per ricordare che il costituzionalismo del penale risiede primariamente nella natura della sanzione criminale in quanto privativa della libertà personale: anzi, la sanzione criminale si caratterizza quale strumento di annientamento non solo fisico ma anche morale del condannato in ragione della sua portata non solo fisicamente afflittiva ma anche moralmente stigmatizzante. Su questa stessa strada, poi, il costituzionalismo del penale si dilata evolutivamente fino a coprire il più vasto diritto punitivo. Questo fenomeno espansivo, che trova una sua emblematica espressione nella pretesa di assicurare la legalità della sanzione comunque punitiva, è il risultato di un affinamento dei valori costituzionalmente tutelati nei confronti della potestà sanzionatoria pubblica: non ci si limita più alla valorizzazione esclusivamente della libertà fisica e della dignità della persona, ma si attribuisce rilevanza ad un ulteriore valore meno corporeo da identificare nella libertà di autodeterminazione: una libertà che, in effetti, è

\* Università degli Studi di Firenze.

messa in discussione da qualunque sanzione punitiva, sia essa penale in senso stretto e dunque privata/limitativa della libertà personale, oppure anche solo punitiva, di contenuto patrimoniale, ma comunque capace di incidere sulla libertà di autodeterminazione. In ragione della natura della sanzione criminale, o punitiva in senso ampio, si configura dunque il rapporto di tensione, in termini di garanzia, tra Costituzione e diritto penale.

L'altro versante del rapporto tra Costituzione e diritto penale sembrerebbe essere di segno opposto, potendo esser considerato addirittura di tipo sinergico. In estrema sintesi, può dirsi che talvolta è il diritto penale ad essere, non già "compresso", limitato dalla Costituzione, ma – al contrario – fondativo di valori che si affermano in virtù della tutela penale, acquisendo proprio in ragione della tutela penale loro accordata dal legislatore, un senso "costitutivo" dell'identità valoriale profonda di una società, di un ordine sociale e di un ordinamento giuridico. In questo senso, il diritto penale viene a partecipare di una sorta di funzione costituente dell'ordinamento, esprimendo valori e principi destinati poi, successivamente, ad assumere anche formalmente una dignità costituzionale. Questo fenomeno si è, ad esempio, verificato con l'affermazione del bene dell'ambiente: originariamente privo di un riconoscimento espresso in Costituzione, l'ambiente trovò nel diritto penale – e addirittura nella giurisprudenza penale dei cosiddetti "pretori d'assalto" – il suo primo riconoscimento di valore fondante del nostro quadro valoriale, e solo molto tempo dopo è riuscito a penetrare formalmente nel testo costituzionale. Ora, questo fenomeno per cui il diritto penale assume un ruolo in certo senso parallelo e quasi integrativo del quadro costituzionale e dei suoi contenuti, può non tutti entusiasmare, a cominciare proprio dai penalisti. In effetti, si consideri in primo luogo che il ruolo per così costituente del diritto penale rappresenta proprio il contrario di un aspetto caratteristico del costituzionalismo penale "forte" *à la* Bricola. Mentre nella costruzione bricoliana era la Costituzione a contenere il catalogo tendenzialmente chiuso dei beni giuridici meritevoli di tutela penale, la funzione costituente del diritto penale segue un percorso esattamente contrario nel far transitare i beni giuridici dalla legislazione (ordinaria) penale al quadro dei valori costituzionali. Inoltre, ancorché a nostro avviso meno decisiva, è ineludibile l'obiezione che questo percorso inverso dal penale alla Costituzione significa a ben vedere incaricare il diritto penale di un compito propulsivo, promozionale solitamente invisibile ai penalisti per il timore di svincolare l'intervento penalistico da ogni idea di *extrema ratio* e comunque di limite preesistente alla *legis-latio*.

## 2. Degenerazioni democratiche e controllo di costituzionalità nell'epoca del populismo penale

Rimanendo ora ancorati alla tradizione che vede tra diritto penale e Costituzione un rapporto prevalentemente di tensione, non c'è dubbio che è per l'appunto su questo piano che si rende oggi particolarmente utile soffermare l'attenzione. La c.d. potestà punitiva – il potere pubblico di disporre della libertà dei cittadini – costituisce ovviamente la massima espressione delle prerogative del potere pubblico, nei confronti del quale la Costituzione pone la democrazia a suo fondamento sostanziale, ma soprattutto ne rappresenta un limite di contenimento alla naturale tendenza debordante. Se il costituzionalismo moderno è essenzialmente limite e controllo del potere pubblico, ne viene che esso dovrà tenere sotto controllo in particolare il diritto e la legislazione penale in quanto espressione massima di quel potere. Oggi, questo ruolo del costituzionalismo diventa ancor più essenziale se possibile, e difficile da svolgersi: particolarmente essenziale e difficile proprio in campo penale per ragioni che sono quotidianamente sotto i nostri occhi.

Da un lato, vi è una forte ventata di “autoritarismo democratico”, che viene etichettato con l'orribile termine di “democrazia”: il potere legislativo, legittimato dall'investitura elettorale e dunque espressione del popolo, non tollera più i controlli e i limiti di legalità costituzionale esercitati dagli organi della giurisdizione ordinaria e costituzionale. Con la conseguenza che il costituzionalismo in sé è in crisi, correndosi così il rischio di un salto all'indietro di quasi un secolo.

Dall'altro lato, per una serie di ragioni che qui non occorre esplicitare, soffia forte il vento del cosiddetto populismo penale: il che significa in buona sostanza utilizzazione del penale quale strumento di contenimento e narcotizzazione delle varie insicurezze e paure sociali e, nello stesso tempo, di consolidamento del consenso elettorale. Da ciò la ben nota tendenza alla iper-penalizzazione e alla passione o furore punitivi. A questo punto, se si coniugano – come avviene nell'esperienza storica attuale – i due fenomeni, ci si rende ben conto di come il campo di tensione tra diritto penale e Costituzione sia oggi particolarmente incandescente. Con l'ulteriore conseguenza che la Corte costituzionale è chiamata a svolgere un ruolo tanto delicato quanto difficile, essendo soggetta all'incombente rischio di una possibile sovraesposizione. In breve: all'onnipotenza del principio democratico, e pertanto della volontà politica, si oppone la vocazione necessariamente antimaggioritaria del controllo di costituzionalità.

### 3. L'accresciuto interventismo della Corte costituzionale in campo penale

Difficile sfuggire all'impressione che il ruolo della Corte costituzionale sia diventato più incisivo negli ultimi lustri anche nella cittadella fortificata del diritto penale. Fortificata da quel principio di stretta legalità, che dovrebbe rendere la materia penale appannaggio pressoché esclusivo del legislatore. I diversi contributi che qui si pubblicano rendono ragione dell'affermazione generale mettendo in chiara luce l'evoluzione lungo la quale la Corte costituzionale è diventata sempre più coprotagonista delle trasformazioni del sistema penale. Qui è sufficiente formulare un'osservazione tanto generale quanto in definitiva scontata.

La legalità in materia penale costituisce indubbiamente un principio "non negoziabile", la cui natura "fondamentale" proprio la Corte costituzionale ha avuto occasione di ribadire più volte, sia nei confronti del diritto eurounitario sia nei confronti della fonte giurisprudenziale interna. Ma se è vero che – come si dice – il principio di legalità costituisce il "palladio della libertà", cioè la prima garanzia nei confronti del potere punitivo, è altrettanto vero che esso non può trasformarsi contraddittoriamente e paradossalmente nel "palladio" degli abusi del legislatore e quindi nella fonte di possibili aggressioni ai diritti fondamentali. Il che è ciò che esattamente si verificherebbe se il principio di legalità diventasse lo schermo dietro il quale si giustificassero le famose "zone franche", cioè quelle normative che pur essendo incostituzionali non potrebbero essere censurate dalla Corte in quanto coperte dalla stretta legalità e pertanto sottratte ad un intervento necessariamente manipolatorio della Corte. Il tabù del limite della legalità è, dunque, caduto non già per una volontà di strapotere della Corte ma perché non è logico che un principio di garanzia si risolva nel salvacondotto per un legislatore che violi i diritti fondamentali. Né i nuovi spazi conquistati dalla Corte soprattutto con la nota soluzione delle cosiddette "rime adeguate" costituiscono una sorta di *deminutio* inferta al legislatore: il quale, in effetti, avrà sempre la possibilità di adottare la "sua" soluzione entro le coordinate costituzionali tracciate dalla Corte. Così che la tecnica decisoria delle rime adeguate, lungi dal costituire uno strumento di prevaricazione nei confronti del legislatore, realizza un metodo di dialogo nel reciproco riconoscimento delle rispettive prerogative. E soprattutto giova alla tutela dei diritti.

Inoltre, l'accresciuto ruolo assunto dalla Corte non pare costituire una manifestazione prevaricatrice tale da sconvolgere gli equilibri istituzionali

anche per un'altra ragione. È bensì vero che la Corte costituzionale si sta spingendo sempre più innanzi nell'attuare il programma costituzionale e, pertanto, nel conformare il sistema giuridico, anche e forse specialmente in campo penale: dalle "rime obbligate" alle "rime adeguate", dalla ragionevolezza/proporzione "estrinseca" alla proporzione "intrinseca" sganciata dal *tertium comparationis*, dalle sentenze mònito alle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Ma rimane il fatto che i suoi interventi non possono che essere "reattivi" (mai "proattivi") e "punti-formi", circoscritti alla specifica questione sollevata e alla specifica norma impugnata. In un certo senso la scaturigine di questo potenziamento del ruolo della Corte è dunque nella debolezza e nell'inerzia del legislatore nell'attuazione del programma costituzionale o addirittura nel suo porsi spesso, e il penale ne è la prova, in una posizione distante o antinomica rispetto al quadro costituzionale. Certamente non sono mancate leggi penali di attuazione costituzionale: da quella di ordinamento penitenziario del 1975 a quella di modifiche al sistema penale del 1981; da quella sulla competenza penale del giudice di pace del 2000 a quella della c.d. riforma Cartabia del 2022. Ma la maggior parte dei ben più numerosi e più puntuali interventi del legislatore dell'ultimo mezzo secolo si sono posti in tensione con molti precetti costituzionali, dando corpo a quella che è stata detta prima la politica penale dell'ordine pubblico e poi il populismo penale. Se protagonismo della Corte c'è stato, la maggiore responsabilità è addebitabile allo stesso legislatore.

Inoltre, non va mai dimenticato che l'intervento della Corte è doppiamente "reattivo", poiché esso dipende dalla sollecitazione dei giudici comuni, che ovviamente esprimono una sensibilità per così dire diffusa e caratterizzata necessariamente da un pluralismo culturale e ideologico tale da escludere che la Corte possa programmaticamente sviluppare una linea unitaria di opposizione contestativa nei confronti del legislatore.

Infine, e tra parentesi, va notato che il rischio di una contrapposizione tra Corte e legislatore viene indirettamente ridotto anche dalla presenza dei cinque giudici di elezione parlamentare e, soprattutto, dalla prassi ormai invalsa di far prevalere criteri di scelta che privilegiano la loro contiguità se non militanza politica sulla caratura culturale e professionale dei giudici di elezione parlamentare.

#### 4. I parametri costituzionali per il controllo delle norme penali: parametri specificamente penalistici o generali

Il rapporto tra Costituzione e diritto penale è venuto evolvendo negli anni sotto il condizionamento di alcune “variabili di sistema”, che può essere utile a questo punto riepilogare rapidamente. La categoria delle variabili di sistema più rilevante è certamente quella concernente la natura, la tipologia dei *parametri costituzionali* che vengono di volta in volta in gioco nel controllo di costituzionalità delle norme penali.

E, all'interno di quella categoria, la prima distinzione che viene in gioco è quella tra norme costituzionali aventi uno specifico contenuto penalistico, come essenzialmente gli artt. 25 e 27 Cost., e norme costituzionali generali, come quelle relative alle varie libertà e, sopra tutte le altre, l'art. 3 Cost. Quanto alle norme specificamente penali, non è azzardato ritenere che, a parte la norma “rivoluzionaria” del terzo comma dell'art. 27 Cost. sulla funzione rieducativa delle pene, per il resto le disposizioni a contenuto penalistico si ponevano nel solco di una tradizione penale abbastanza consolidata. Il principio di legalità, in primo luogo, non fu mai abbandonato dal nostro diritto penale, nemmeno in epoca fascista. Semmai si può forse dire che esso ha subito un'evoluzione nel senso che se originariamente esso tendeva ad essere interpretato soprattutto come riserva di legge nei confronti del potere normativo secondario dell'esecutivo, successivamente – a seguito delle tempeste culturali in materia di interpretazione – esso è stato inteso prevalentemente come esigenza di determinatezza della fattispecie legale per contenere il cosiddetto creazionismo giudiziario. Ed oggi (come evidenziato dal saggio di Amarelli) la Corte costituzionale sembra farsi promotrice di un'operazione di rilancio della dimensione *testuale* della norma e fautrice di un forte recupero del divieto di analogia *in malam partem*.

Si colloca poi decisamente, e quasi sorprendentemente, in una linea di continuità col passato l'art. 25.3 Cost. in quanto, nel prescrivere la legalità delle misure di sicurezza, non solo legittima questo discusso strumento sanzionatorio e l'ancora più discusso sistema del c.d. doppio binario per i soggetti imputabili pericolosi, ma soprattutto ha costituito una delle basi di legittimazione costituzionale di uno strumento odiosamente privilegiato dall'autoritarismo fascista e liberale quali sono le misure di prevenzione *sine delicto* (come mette in luce il saggio di Pelissero).

Anche il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27.1 Cost. nasce originariamente col limitato significato del divieto

di responsabilità penale per fatto altrui. Solo successivamente dottrina e Corte costituzionale trarranno da questa norma davvero fondamentale due principi cardine del sistema penale: quello di colpevolezza, che si svilupperà fino a comprendere l'esigenza di un rimprovero fondato sulla conoscibilità del precetto, e l'esigenza di personalizzazione in concreto della risposta sanzionatoria sia nel momento dell'irrogazione che in quello dell'esecuzione. E su questa stessa linea opera incisivamente il parametro costituzionale della funzione rieducativa delle pene, probabilmente quello che ha prodotto i maggiori risultati sul sistema. Senza mai giungere ad una vera e propria definizione della rieducazione, la Corte ha ricavato da quel parametro due principi ispiratori dell'intero sistema sanzionatorio: quello della necessaria individualizzazione della pena (che si collega anche al principio di personalità concepito in senso forte) e quello del divieto di trattamenti sanzionatori differenziati basati sul mero titolo del reato ovvero su presunzioni assolute di pericolosità (come mette in luce il saggio di Della Bella).

Quanto ai parametri costituzionali di contenuto non strettamente penalistico, innanzitutto i diritti libertà svolsero specialmente nei primi lustri di funzionamento della Corte il ruolo di strumento di depurazione del codice da tutte quelle incrostazioni illiberali che vi aveva disseminato il passato regime: reati di opinione, reati contro la personalità dello Stato, reati contro la famiglia, reati contro l'ordine economico e corporativo, ecc. Decisivo è stato poi il ruolo del principio di eguaglianza, nelle sue varie declinazioni di ragionevolezza e da ultimo di proporzionalità. Attraverso questo potente grimaldello la Corte ha progressivamente guadagnato terreno lungo due direttrici davvero molto significative per il controllo di costituzionalità sul sistema penale: quella delle scelte di criminalizzazione (su cui si intrattiene il saggio di Dodaro) e quella della misura della pena edittale (su cui si intrattiene il saggio di Bartoli). Dopo un lungo periodo in cui le scelte di criminalizzazione, in assenza di una teoria "forte" dei beni giuridici costituzionali", hanno continuato in sostanza a rimanere una zona in cui la discrezionalità politica sembrava mantenere il suo primato, salvo ipotesi estreme di inconsistenza assoluta del bene giuridico tutelato, oggi la Corte è giunta a chiedere il superamento di un vaglio positivo di ragionevolezza per legittimare la compressione alla libertà implicata dalla norma incriminatrice a tutela – diretta o indiretta – di un bene costituzionalmente rilevante.

Quanto all'altra direttrice concernente la proporzionalità della pena, nonostante che la dosimetria sanzionatoria possa apparire il regno

dell'insindacabile in ragione della nota incommensurabilità dei termini del rapporto di proporzione, il principio relativo – oggi fra l'altro consacrato espressamente dall'art. 49 della Carta europea dei diritti dell'uomo – pare avviato a fronteggiare egregiamente la tendenza legislativa ad un inasprimento delle pene che talvolta sconfinava verso il terrorismo sanzionatorio. Dopo una comprensibile originaria riluttanza la Corte costituzionale ha spinto il suo sindacato oltre la comparazione tra due fattispecie assiologicamente omogenee fino al controllo di una plausibilità “intrinseca” della risposta sanzionatoria di una determinata fattispecie. Ormai i giudizi sulla misura della pena trascendono la logica di una mera coerenza interna di sistema e implicano chiaramente una componente assiologica o di coerenza funzionale empirica della previsione sanzionatoria.

## **5. (*Segue*). Parametri espressi e parametri inespressi; norme costituzionali in funzione di limite o in funzione di fondamento**

Un'altra distinzione categoriale è quella tra parametri espressi e parametri inespressi. Non possiamo qui intrattenerci sul fenomeno giuridico per cui i parametri inespressi finiscono per dare corpo ad una produzione di principi che si alimentano direttamente dalla cultura giuridica ma che il testo costituzionale è poi in grado di fare propri e consolidare. Ci limitiamo ad anticipare che – come vedremo tra un attimo – i principi inespressi in materia penale sembrano riconducibili tutti ad una medesima matrice culturale penalistica che in questi decenni è venuta sempre più valorizzando l'idea di fondo del “personalismo penale”, cioè di uno spostamento del baricentro penalistico dallo Stato alla persona umana, autore o vittima che sia.

Il più noto di questi parametri inespressi è costituito dal principio di offensività del reato, che senza trovare riscontro esplicito in una norma costituzionale specifica, la Corte ha però declinato seguendo fedelmente le cadenze impressigli dalla dottrina, articolandolo nei due vincoli: quello rivolto al legislatore, cui sarebbe interdetto prevedere come reati fatti già in astratto privi di un contenuto realmente offensivo di un dato bene giuridico; quello rivolto al giudice, cui sarebbe richiesto di verificare di volta in volta che il fatto *sub iudice* sia in concreto dotato di contenuto offensivo. Ad onta della chiarezza concettuale con cui il principio è stato elaborato dalla Corte, salvo rare eccezioni (come la sentenza in materia di circostanza aggravante costituita dalla qualità di immigrato irregolare), i giudici della Consulta hanno

solitamente preferito salvare la norma legislativa dalle censure di difetto d'offensività proprio rimettendo al giudice comune l'accertamento della offensività in concreto. Ciò nonostante, la valenza culturale dell'offensività è chiarissima poiché ha significato il radicale rifiuto di un diritto penale della mera "disobbedienza", in cui cioè il disvalore del reato si concentra tutto e si esaurisce nella ribellione alla volontà suprema dello Stato concepito come vero destinatario finale della tutela, secondo una visione antipersonalistica.

Altro parametro costituzionale inespresso è quello della retroattività *in mitius* (sul quale si intrattiene il saggio di Antonella Massaro). In proposito vengono in considerazione due aspetti principali. Quello del fondamento del parametro inespresso che la Corte italiana identifica col principio di eguaglianza, mentre le giurisdizioni internazionali tendono a configurare nei più pregnanti termini di un vero e proprio diritto individuale fondamentale al trattamento più favorevole. E quello della possibilità che il principio della retroattività *in mitius* "vinca" il giudicato in caso di mutamenti giurisprudenziali favorevoli: a quest'ultimo proposito, l'art. 673 c.p.p. non sembra precludere in modo radicalmente insuperabile il ricorso all'incidente di esecuzione. Strumento, quest'ultimo, che invece la Corte non considera utilizzabile in ragione di una convinta affermazione della insopprimibile eterogeneità tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale.

Un'ultima distinzione categoriale, ma davvero fondamentale soprattutto sotto il profilo culturale, è quella tra norme costituzionali funzionanti come limiti ovvero come fondamenti delle previsioni legislative. Dai primi anni del costituzionalismo penale italiano fino ad oggi pare di scorgere un'evoluzione nel senso di una sempre più accentuata importanza della funzione fondativa, ispiratrice delle norme costituzionali, nel senso quindi di un progressivo e sempre più accentuato avvicinamento del "vólto penale" del sistema al "vólto costituzionale". Anche se, come già rilevato, il legislatore solo in parte è stato partecipe di questo processo che in verità non è mai riuscito a sottrarre più di tanto la penalità al pesante – e forse inevitabile – condizionamento della politica (criminale). Certamente, uno dei valori ispiratori in positivo, fondativi diremmo, della penalità è quello della funzione rieducativa: con l'avvertenza, però, che se il parametro costituzionale in questione è valso a rimediare a tante storture legislative in senso spiccatamente repressivo, esso ha raramente trovato nella giurisprudenza della Corte una chiara definizione di senso. Sebbene sia, però, implicito nelle affermazioni della Corte una sua accezione laica e liberal-personalistica, che affranchi quel principio tanto da una concezione spiritualistica di emenda morale quanto da

una concezione scienziata ed autoritaria di manipolazione coatta della personalità.

Ma è forse un altro il fronte su cui si è soprattutto giocato il ruolo dei valori costituzionali quali fondamento ispiratore del sistema penale: ed è quello dei beni giuridici meritevoli di tutela. Un fronte, questo, che, se si fosse potuto percorrere con fermezza, avrebbe portato ad una revisione radicale dell'intera parte speciale del codice e della sua sistematica: cioè al risultato più dirompente e qualificante di ogni rinnovata codificazione. Come noto, la vischiosità politica italiana ha impedito che si raggiungesse questo risultato di adeguamento complessivo della parte speciale del codice al nuovo quadro costituzionale. Sul piano teorico non mancò la concezione "forte" dei beni giuridici costituzionalmente rilevanti che Bricola mise alla base della sua utopia di ricodificazione. Una teoria, quella dei beni giuridici costituzionali come oggetto esclusivo del diritto penale, che aveva un significato politico, di indicazione di un'esigenza e segnalazione di una strada metodologica, più che giuridico, molti essendo i limiti operativi di quella prospettiva. Non solo pesava un certo discredito che veniva circondando il concetto stesso di bene giuridico, del quale veniva messa in discussione la sua stessa connaturata caratteristica di "preesistenza" ontologica alle valutazioni del legislatore. Ma soprattutto la cosiddetta teoria costituzionale dei beni giuridici – o teoria dei beni giuridici costituzionali – apparve presto inficiata da un grosso limite: quello dell'impossibilità di rimanere ancorati alla presunta esaustività e completezza dell'elenco dei beni previsti in Costituzione. E una volta aperta la porta ai beni strumentali a quelli costituzionali o addirittura ai beni implicitamente costituzionali, era anche aperta la strada ad una sostanziale inutilità di quel presunto catalogo dei beni costituzionali. In parole più brutali ed effettuali: su questo fronte, la politica criminale ebbe ben presto la meglio sulla gabbia costituzionale in cui si intendeva rinchiuderla.

Oggi, in questo persistente anelito a trovare nella Costituzione la matrice fondativa del sistema penale, si propone di sostituire l'idea dei beni giuridici con quella dei diritti umani quale oggetto – almeno principale se non esclusivo – del diritto penale. Al fondo di questa suggestiva idea sta l'aspirazione ad una crescente personalizzazione del diritto penale, che stemperi le connotazioni pubblicistiche del potere punitivo per esaltare invece il ruolo della persona come centro pulsante del sistema politico ed in primis del sistema penale: una vera e propria inversione culturale del penale, che nella sua tradizione è eminentemente pubblico in quanto anche l'offesa a interessi privati si pubblicizza in un danno criminale di rilevanza collettiva come tale assunto

necessariamente dallo Stato ad obiettivo dei suoi interventi di tutela. La (nuova ed auspicata) fondazione del penale sui diritti umani risponderebbe invero a quel processo di rivalutazione della vittima, che non per caso contrassegna le tendenze della teoria e della prassi penalistiche odierne: la vittima cessa di essere riassorbita nella dimensione oggettiva dell'offesa pubblica al bene giuridico e viene avanti con la sua umanità esistenziale. In secondo luogo, un diritto penale dei diritti umani verrebbe di conseguenza proiettato nella dimensione internazionale in cui si collocano i diritti: e questa dimensione internazionale dei diritti potrebbe fare da freno a quella tendenza al nazionalismo che accentua nel penale la sua natura di strumento del potere. Per contro, però, non sarebbe del tutto peregrina la preoccupazione che la nota "arroganza" dei diritti e la loro forte vocazione espansiva sospingano il diritto penale sulla strada degli obblighi (anche internazionali) di tutela penale. Una prospettiva tutt'oggi guardata con grande sospetto e che comunque non ha finora trovato la Corte disponibile ad attuare con sue pronunce *in malam partem* presunti obblighi di criminalizzazione ostandovi l'inderogabile principio di legalità.

## 6. Le vie di penetrazione dei valori costituzionali nel sistema penale

Un'altra variabile di sistema altrettanto rilevante è quella delle diverse *vie di penetrazione* – per dir così – della Costituzione nel tessuto del sistema penale.

Senza dubbio, la via più fisiologica è quella legislativa, nel senso che il legislatore dovrebbe essere il protagonista dell'opera di attuazione della Costituzione nell'ordinamento, portandone egli la responsabilità politica. Abbiamo già visto come nello specifico campo penale si registrino a questo proposito luci e molte ombre: il varo di talune grandi riforme in attuazione della Costituzione è inframmezzato da un numero molto consistente di leggi che indulgono invece al cosiddetto panpenalismo o che comunque ricorrono allo strumento punitivo senza grande sensibilità per il quadro dei principi costituzionali. All'estremo opposto si colloca la via di attuazione della Costituzione battuta direttamente dalla Corte con le sentenze variamente e direttamente modificative della legislazione laddove il principio di legalità e l'univocità della soluzione costituzionalmente obbligata lo consentono. In una posizione intermedia si collocano quelle sentenze con le quali la Corte "dialoga" in vario modo col legislatore, così che la penetrazione della Costituzione nel sistema legislativo è il risultato, talvolta faticoso, di una sinergia

tra Corte e legislatore. Vengono in considerazione in primo luogo le cosiddette sentenze monito, che però costituiscono un'esperienza quasi fallimentare per l'inerzia che spesso il legislatore oppone alle sollecitazioni della Corte. In secondo luogo, vengono in gioco le sentenze d'incostituzionalità a rime adeguate, in cui la Corte, pur riconoscendo una discrezionalità legislativa esercitabile in uno spazio di costituzionalità, assume l'iniziativa di una soluzione in qualche modo desumibile dall'ordinamento e comunque sempre rivedibile dal legislatore. Infine, in una posizione intermedia si pongono di recente le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata per dar modo al legislatore di provvedere secondo le linee tracciate dalla Corte. Queste sentenze sono state molto criticate ma in realtà paiono costituire un proficuo strumento di dialogo costruttivo col legislatore. Da un lato, nonostante l'accertamento della incostituzionalità, la Corte evita non solo di destabilizzare la disciplina col suo intervento demolitorio, ma anche di introdurre una disciplina che potrebbe essere suscettibile di diverse soluzioni secondo scelte legislative almeno in parte discrezionali. Dall'altro lato, però, la Corte non si sottrae all'accertamento del *vulnus* costituzionale, con l'abnorme conseguenza però di lasciare sopravvivere nell'ordinamento una norma incostituzionale. Vero tutto ciò, è anche vero che l'alternativa alle sentenze di questo tipo sarebbe o la creazione di zone franche sottratte al controllo oppure un accoglimento accompagnato dall'esercizio di un potere paralegislativo. In definitiva, fermo restando che le sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata sono lo strumento di dialogo più efficace nonostante la sempre scarsa reattività del legislatore, il vero punto di debolezza di queste pronunce è in realtà solo quello di non essere espressamente previste dalla vigente disciplina del processo costituzionale.

L'altra via di penetrazione dei valori costituzionali è quella che passa per l'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici comuni: un'attuazione per così dire diretta e diffusa, senza l'intermediazione centralistica né del legislatore né della Corte. Non c'è dubbio che si tratta di un potente mezzo di attuazione costituzionale, che caricando la giurisdizione comune del compito di far vivere la Costituzione nella quotidianità applicativa, stempera quelle possibili tensioni che si possono produrre più forti al vertice nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore. Ciò detto in generale, occorre forse distinguere due diversi canali di penetrazione attraverso la giurisdizione: da un lato, quello che passa attraverso il potere discrezionale del giudice in senso proprio, come può essere quello di commisurazione in senso

stretto e in senso ampio della risposta sanzionatoria nel caso concreto; dall'altro, quello che passa attraverso il canale dell'interpretazione.

Nel caso del potere discrezionale in senso proprio, non c'è dubbio alcuno che i valori costituzionali possono e debbono costituire la guida privilegiata per il suo esercizio. In effetti, quando il legislatore conferisce un potere discrezionale al giudice formula una norma senza fattispecie, ritenendo di rimettere al giudice l'individuazione dei fatti concreti significativi e rilevanti mediante l'utilizzazione di criteri valutativo-selettivi che non sempre sono esplicitati dalla legge ma che debbono essere ricavati dalle finalità dell'istituto e dal sistema. L'esempio più macroscopico è quello del potere discrezionale di commisurazione della pena. Orbene, non può che essere assolutamente pacifico che, tra i criteri di esercizio di quel potere, speciale rilevanza abbiano i principi costituzionali in materia, *in primis* quello del finalismo rieducativo della pena e quello di proporzione. In sostanza, laddove c'è discrezionalità giudiziale la porta è aperta per l'ingresso dei valori costituzionali quali criteri normativi privilegiati per l'esercizio corretto di quel potere.

Situazione diversa è quella che si verifica in relazione alla penetrazione in via interpretativa. Viene qui in gioco lo strumento ben noto della interpretazione conforme a Costituzione. Si sa che la vicenda dell'interpretazione conforme non è stata lineare. Se inizialmente l'interpretazione conforme è stata molto valorizzata, potendosi pertanto addirittura parlare di una certa euforia per questo prezioso strumento di costituzionalizzazione del sistema, successivamente è subentrata invece grande cautela. In campo penale l'interpretazione conforme ha potuto dare buoni frutti proprio per l'inveramento dei principi penalistici sommi: ha potuto consentire di conferire contenuto offensivo a reati che ne erano privi, nonché di realizzare una trasformazione interpretativa di superati beni giuridici rendendoli più conformi a quelli delineati in Costituzione; ha permesso una certa penetrazione del principio di colpevolezza in talune ipotesi originariamente concepite dal legislatore fascista in termini di responsabilità oggettiva; si è spinta addirittura ad accreditare alcuni orientamenti di cosiddetta interpretazione "tassativizzante" in quanto capace di conferire un più preciso e solido contenuto significativo a norme viziate da indeterminatezza.

Dall'euforia per l'interpretazione conforme a Costituzione siamo poi gradualmente arrivati ad una sorta di diffidenza nei suoi confronti. Se prima la Corte costituzionale ergeva il solido muro addirittura dell'inammissibilità della questione in assenza di un approfondito tentativo di interpretazione conforme da parte del giudice *a quo*, successivamente la Corte ha preferito

avocare a sé il compito dell'adeguamento costituzionale tanto per ragioni di certezza e uniformità quanto per evitare di scivolare verso un malcelato sistema diffuso di controllo di costituzionalità. A ciò va aggiunto poi che la diffidenza verso l'interpretazione conforme s'inserisce perfettamente nel nuovo clima di rivalutazione della componente legalistica e testuale del sistema normativo. L'interpretazione conforme, infatti, più che costituire un diverso metodo di interpretazione (essendo sostanzialmente una specie dell'interpretazione sistematica), si caratterizza per privilegiare un determinato possibile risultato dell'interpretazione in ragione di un suo rango superiore, di una sorta di suo titolo preferenziale. Orbene, è facile comprendere la preoccupazione che questo titolo preferenziale del risultato faccia aggio sull'ortodossia dei metodi interpretativi, con la conseguenza di indurre forzature della lettera della legge pur di dare ingresso al risultato interpretativo conforme a Costituzione, come tale da accreditare "a ogni costo". In definitiva, o l'interpretazione conforme viene omologata quale una forma specifica ma non dissimile dell'interpretazione sistematica, oppure le si riconosce uno statuto ermeneutico privilegiato col concreto rischio, però, di porla in tensione con il limite generale del senso delle parole. E la ventata legalistica che oggi si manifesta in particolare in campo penale soffia in senso contrario all'interpretazione conforme.

## 7. Conclusioni

Lo sguardo d'insieme che nelle pagine precedenti abbiamo gettato sui rapporti tra Costituzione e diritto penale trova la sua più efficace concretizzazione nei saggi che seguono, i quali, pur nell'impossibilità di fornire un'analisi dettagliata dell'intero spettro di quei rapporti, si sviluppano lungo tre grandi nuclei tematici per così dire classici del nostro campo di materia: la legalità e i suoi principali corollari; il fatto penalmente illecito, con l'eterno problema delle scelte di criminalizzazione e di offensività; le conseguenze sanzionatorie, la loro tipologia (comprensiva anche delle misure di prevenzione con tutta la loro ambiguità) e la loro concretizzazione ed esecuzione.

Seppure inevitabilmente incompleta, la panoramica offerta dai saggi qui raccolti può fornire però un'esauriente idea di come è evoluto il diritto costituzionale della pena nel nostro ordinamento. In Italia, come in non pochi altri Stati, sono evidenti i segnali di un progressivo avanzamento dell'autoritarismo punitivo. Non solo di un "uso politico" del diritto penale,

quale strumento di annientamento di categorie crescenti di “nemici” della società: dal terrorista all’immigrato clandestino, dal corrotto/corruptore al criminale arruolato nelle grandi organizzazioni criminali, fino ad arrivare al femminicida. Ma ancor più temibile è il subdolo fenomeno per cui l’autoritarismo penale s’insinua nelle fibre degli stessi assi portanti del diritto penale, nei suoi principi basilici, accentuando così quella componente autoritaria ineludibilmente intrinseca a questo ramo del diritto non per caso “terribile”. Così, ad esempio, la insopprimibile funzione generalpreventiva della pena può degenerare verso obiettivi essenzialmente securitari giungendo fino al terrorismo sanzionatorio; così come la personalizzazione della responsabilità può estremizzarsi in forme di sopravvalutazione moralistica dell’“atteggiamento interiore” o delle “inclinazioni criminali”. Stando così le cose, può essere allora davvero opera utile quella di soffermarsi a riflettere, con gli scritti che seguono, sui rapporti tra Costituzione e diritto penale, per poter guardare al futuro con la necessaria consapevolezza della posta in gioco, senza frustrante disincanto e senza illusorie utopie.