

CORTE COSTITUZIONALE, AUTOMATISMI LEGISLATIVI
E BILANCIAMENTO IN CONCRETO:
“GIOCANDO CON LE REGOLE”
A PROPOSITO DI UNA RECENTE SENTENZA
IN TEMA DI PERDITA DELLA POTESTÀ GENITORIALE
E DELITTO DI ALTERAZIONE DI STATO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Sindacato di ragionevolezza sulle presunzioni assolute e delega di bilanciamento in concreto. — 3. Una cursoria rassegna di applicazioni giurisprudenziali della delega di bilanciamento in concreto in materia penale: Corte costituzionale e automatismi legislativi, tra presunzioni legali di pericolosità sociale e presunzioni legali di conoscenza. — 3.1. (*Segue*): Corte costituzionale e automatismi sanzionatori. — 3.2. (*Segue*): Corte costituzionale e presunzioni di pericolo. — 4. La trasformazione delle fattispecie presuntive da regole “trincerate” in regole “conversazionali”. — 4.1. (*Segue*): la scelta del metodo particolaristico di decisione: condizioni e limiti. — 5. La necessaria dipendenza dei giudizi di uguaglianza-ragionevolezza da regole prescrittive di trattamento capaci di individuare differenze rilevanti tra tipi di casi punibili e non punibili e il ruolo centrale svolto dai bilanciamenti *ad hoc*.

1. *Premessa*. — La sentenza con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per contrasto con il principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., l’art. 569 c.p. nella parte in cui prevede l’applicazione automatica e indefettibile della sanzione accessoria della perdita della potestà genitoriale a carico dei soggetti responsabili del reato di alterazione di stato di cui all’art. 567 c.p. (1), pur nel suo carattere apparentemente periferico o marginale, può costituire un utile banco di prova per verificare la plausibilità di una più generale ipotesi ricostruttiva: e, cioè, se le linee evolutive del sindacato di ragionevolezza-uguaglianza sulle presunzioni assolute di cui continua a servirsi il diritto penale possano fornire indizi significativi di un progressivo, tendenziale superamento di un modello di decisione giudiziale basato su regole concepite come « generalizzazioni trincerate » (cioè su regole « indefettibili », « inderogabili », « categoriche », o « conclusive »). Un modello come tale

(1) Si tratta di Corte cost., sent. n. 31 del 2012, in questa *Rivista* 2012, 364, con nota di MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull’art. 569 c.p.* e in *Dir. pen. e processo* 2012, fasc. 5, 595 con nota di LARIZZA. Per uno dei primi commenti alla sentenza v. LEO, in www.penalecontemporaneo.it.

più consono alla logica tradizionale del principio di legalità in materia penale, ma che potrebbe in molti casi trovarsi costretto a lasciare spazio a una strategia di decisione alternativa: e cioè a una strategia di tipo « particolaristico » basata, per converso, su regole concepite come generalizzazioni *prima facie* (cioè su regole « defettibili », « superabili », *pro tanto* o « tutto considerato »), come tale più sensibile alle giustificazioni sostanziali sottostanti o al bilanciamento delle ragioni (2).

Una strategia di decisione, quella particolaristica, peraltro largamente utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale come correttivo alla rigidità legislativa in ampi settori della legislazione penale (dalle presunzioni assolute di pericolosità sociale alle fattispecie di pericolo astratto o presunto) ma che, come vedremo, non va del tutto esente da obiezioni teoriche e pratico-applicative.

2. *Sindacato di ragionevolezza sulle presunzioni assolute e delega di bilanciamento in concreto.* — La Corte ha giudicato come irragionevole la norma censurata perché l'automatismo sanzionatorio in essa sancito — la perdita della potestà genitoriale prevista come effetto ineluttabile della condanna, senza operare alcuna distinzione tra tipi di casi non omologabili tra loro — « precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento dei diversi interessi implicati nel processo » e, in particolare, « ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto », si pone in contrasto con il principio di uguaglianza (o di giustizia formale). Più precisamente, con la c.d. dimensione negativa di tale principio, che impone di trattare diversamente casi diversi (3).

Il giudice costituzionale ha avuto altresì cura di precisare, con una considerazione più strettamente attinente al piano della ragionevolezza intrinseca della fattispecie, che un'applicazione automatica e non selettiva della pena accessoria, concepita come effetto penale che consegue « di diritto » alla condanna *ex art. 20 c.p.*, è potenzialmente in grado di innescare effetti-paradosso o « controfinalistici », dal momento che la decadenza *ipso jure* dalla potestà genitoriale può contraddittoriamente tornare a danno degli stessi soggetti a tutela dei quali è prevista (4).

(2) La distinzione tra « strategia decisionale basata su regole » e « strategia decisionale particolaristica », come la connessa nozione di « regole trincerate », si deve a F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991, trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna 2000.

(3) Sul tema da ultimo DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano 2012.

(4) Critica l'impostazione « vittimocentrica » data dalla Corte alla questione di costituzionalità MANTOVANI, *op. cit.*, 377 ss., il quale, nel segnalare il ruolo « eccentrico » che l'interesse del minore coinvolto assume nell'ambito di un giudizio di ragionevolezza esclusivamente incentrato sulla legittimità di una pena accessoria conce-

Nell'ottica della Corte costituzionale, il superamento dello schema presuntivo previsto a livello legislativo a favore di "decisioni individualizzate caso per caso" si giustifica principalmente in base all'esigenza costituzionale di assicurare al giudice la possibilità di differenziare situazioni di fatto fra loro non assimilabili. Esigenza che, in ultima analisi, costituisce la *ratio decidendi* di tutte le pronunce della Corte costituzionale in tema di ragionevolezza delle presunzioni assolute.

Fatte salve le precisazioni che seguiranno, in proposito si può fin da subito segnalare che le presunzioni assolute, e più in generale le regole costruite secondo lo schema delle « generalizzazioni trincerate », forniscono ragioni per agire e per decidere « semplicemente in virtù della loro esistenza in quanto regole, e, pertanto, generano una pressione normativa anche in quei casi in cui le giustificazioni (le *rationes*) ad esse sottese indicano il risultato contrario » (5): le regole forniscono, cioè, ragioni per agire e per decidere « indipendenti », insensibili alle c.d. giustificazioni sostanziali (le motivazioni o gli scopi ultimi inerenti alla coercizione penale che si possono individuare alle spalle delle regole) o al bilanciamento delle ragioni costituzionalmente rilevanti.

Ne segue che le regole fanno *necessariamente* ingiustizia. La giustizia impone, infatti, di trattare casi uguali in modo uguale e casi diseguali in modo diseguale. Le regole, invece, quando sono formulate in termini *imperativi* (assoluti, cogenti), aspirano a candidarsi al ruolo di enunciati ad applicazione indiscriminata, un tratto che le rende *costitutivamente* "sovra-inclusive". In altri termini, le regole, per statuto, incorporano strutturalmente predicati fattuali che non coprono qualche stato di cose, sopprimono differenze potenzialmente rilevanti, sono opache rispetto a casi particolari, impediscono l'accesso ai fatti significativi per prendere una decisione ponderata alla luce delle giustificazioni soggiacenti o del bilanciamento delle ragioni. In tali condizioni, le regole indefettibili sono perciò continuamente esposte al rischio di trattare casi diseguali — casi che, cioè, presentano una "diversità rilevante" se riconsiderati alla luce

pita per colpire, almeno direttamente, i soli genitori, ritiene che la Corte, nel sindacare la costituzionalità della fattispecie denunciata, avrebbe dovuto abbandonare il campo della ragionevolezza "intrinseca" e delle conseguenti valutazioni caso per caso sull'idoneità allo svolgimento delle responsabilità genitoriali (al corretto disimpegno delle "aspettative di ruolo") e ripiegare sul più tradizionale giudizio triadico di uguaglianza. Individuando a tale scopo, e non senza qualche forzatura, il termine comparativo di raffronto di un simile giudizio logico-sistematico condotto per "linee esterne" nell'art. 32, comma 3 c.p., il quale dispone che « il condannato alla reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni è, durante la pena, in stato di interdizione legale; la condanna produce altresì, durante la pena, la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori, salvo che il giudice disponga altrimenti ». Nelle intenzioni di chi la propone, tale diversa soluzione presenterebbe il vantaggio di basare l'applicazione selettiva della sanzione accessoria non più sui bisogni *educativi* della *vittima*, bensì sulle necessità *rieducative* del *reo*, ex art. 27, commi 1 e 3 Cost.

(5) SCHAUER, *op. cit.*, 30.

delle giustificazioni sottostanti o del bilanciamento tra principi, diritti o interessi concorrenti — in modo uguale (6).

Ebbene, lo strumento che, anche nel caso della sentenza in questione, la giurisprudenza costituzionale solitamente adotta per trasformare generalizzazioni assolute in regole “rivedibili” al servizio delle circostanze e aperte alle eccezioni — in meri indicatori (defettibili) delle giustificazioni di fondo — è costituito dalla c.d. *delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione* (7).

In particolare, il caso concreto che aveva dato impulso alla questione di costituzionalità riguardava l'alterazione di stato civile di un neonato realizzata mediante una falsa attestazione di maternità naturale compiuta dal genitore di sesso femminile all'esclusivo scopo di preservare il figlio concepito in costanza di matrimonio dalle presumibili interferenze educative provenienti dal marito detenuto. La Corte, nel procedere al giudizio di bilanciamento tra l'interesse all'*identità giuridica* del minore (l'interesse del neonato ad una rappresentazione ufficiale conforme al vero del proprio rapporto di discendenza) e l'interesse ad un equilibrato sviluppo della sua personalità (l'interesse morale e materiale della prole a ricevere cura, educazione e istruzione all'interno del nucleo familiare di appartenenza) — in definitiva al bilanciamento tra il bene protetto dalla fattispecie incriminatrice e la giustificazione sostanziale della potestà genitoriale — ridecrive in chiave universalistico-generalizzante il caso concreto prospettato dal remittente ed emette una regola di compatibilità tra gli interessi coinvolti (uno *standard* di bilanciamento: la c.d. « legge di collisione ») che estromette (o “dissocia”) dall'ambito dei comportamenti sanzionabili con la pena accessoria la tipologia casistica di quelle che si potrebbe proporre di definire falsificazioni “altruistiche” o “ben intenzionate”, cioè quelle giudicate come corrispondenti al superiore interesse del minore. Come appare evidente, si tratta però di un criterio di bilanciamento caratterizzato da un pronunciato alone di indeterminatezza: sicché il compito di specificare in dettaglio le indicazioni genericamente orientative fornite dalla Corte, e selezionare di volta in volta i casi individuali e concreti sussumibili all'interno del “caso gene-

(6) Per l'idea secondo cui prendere decisioni in base alle caratteristiche individuali e concrete di singoli eventi o di particolari individui piuttosto che a quelle del gruppo o della categoria cui appartengono è spesso ritenuto un imperativo morale insito nel concetto generale di giustizia v. O'NEILL, *Theories of Justice, Traditions of Virtue*, in *Jurisprudence: Cambridge Essays*, a cura di H. GROSS e R. HARRISON, Oxford Clarendon Press, 1992, 61. Per i nessi tra teorie della giustizia e decisioni particolaristiche nella giurisprudenza costituzionale nordamericana v. SUNSTEIN, *One case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.

(7) BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento « in concreto »*, in questa *Rivista* 1991, 3574.

rico” (o tipologico) da essa isolato, è affidato alla successiva attività concretizzatrice della giurisprudenza (8).

Nell’adottare una regola di composizione del conflitto ritagliata sul caso concreto che ha fatto sorgere il dubbio di costituzionalità e necessariamente aperta a consistenti apporti valutativi dell’interprete in sede di successiva concretizzazione giudiziale del criterio di bilanciamento prescelto, la Corte costituzionale si conferma anche qui (e sempre più) come uno soltanto degli attori di un complesso gioco di “interazione strategica” che lo coinvolge in una partita a tre in cui la palla passa dal legislatore ai giudici comuni, dai giudici comuni alla Corte costituzionale e da questa di nuovo alle corti di merito (9). È questo il tratto più tipico della c.d. *delega di bilanciamento in concreto* agli organi dell’applicazione, un meccanismo decisionale cui la Corte fa frequente ricorso proprio quando si tratta di rendere più “malleabili” presunzioni legali basate su rigidi automatismi. Un meccanismo che serve quindi a rendere la sovrainclusività delle presunzioni assolute un impedimento solo temporaneo, emendabile sul terreno dell’applicazione giudiziale concreta. In questo come in tutti gli altri casi in cui si spinge a dichiarare come costituzionalmente illegittima la fattispecie presuntiva impugnata nella parte in cui privilegia in modo categorico e incondizionato uno solo degli interessi in causa, la Corte segue di solito un tipo di ragionamento strutturato in due fasi: in una prima fase il giudice costituzionale procede alla c.d. “mappatura” dei principi, diritti o interessi costituzionali in gioco, per concludere che le presunzioni legali risultano unilateralmente sbilanciate a favore di uno solo dei beni costituzionali coinvolti; in una seconda fase, il giudice costituzionale si limita ad aprire l’accesso ai controinteressi antagonisti pretermessi a livello legislativo, attraverso la fissazione di *standard* di bilanciamento strutturati come “clausole aperte”, caratterizzate cioè da un accentuato tasso di flessibilità contenutistica: invece di impegnarsi in pronunce radicalmente caducatorie o di preconstituire al dettaglio “regole di prevalenza” compiutamente predeterminate in anticipo nei loro contenuti specifici, la Corte « si limita a temperare la rigida assegnazione di valore che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di

(8) La distinzione tra « caso generico » e « caso individuale » si deve a ALCHOURRON e BULYGIN, *Introducción a la metodología de la ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires 1975, 58; ID., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino 2005, 32 ss. che definiscono « caso generico » « ogni sottoclasse (o sottoinsieme) definita da una proprietà e, altresì, la proprietà definitoria della sottoclasse » e « casos individuales » « le situazioni o gli accadimenti che si producono in una determinata occasione (spazio-temporale) e che posseggono la proprietà definitoria ».

(9) Per un recente quadro ricostruttivo dei rapporti di alleanza collaborativa tra giurisdizione costituzionale e giurisdizione ordinaria v. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Bari 2012, *passim*.

volta in volta secondo le valutazioni discrezionali del soggetto applicatore » (10). Dunque, quando accoglie la questione, la Corte, il più delle volte, non contesta in radice la plausibilità empirico-criminologica o tecnico-scientifica di predicati fattuali e generalizzazioni prescrittive a base della presunzione legale, « ma solo la loro assolutezza, ritenendo che essi possano rivelarsi non attendibili nel caso concreto, per cui al giudice di merito viene “delegato” il compito di procedere ad accertamenti e a valutazioni coerenti con la specificità del caso » (11). In breve, attraverso la delega di bilanciamento in concreto alle corti di merito, il Tribunale costituzionale libera i giudici comuni dal vincolo obbligatorio di stretta fedeltà alla fattispecie presuntiva impugnata, e cioè dal vincolo a decidere in un unico modo sulla base di presupposti che possono non risultare congruenti con la specifica situazione rispecchiata nel caso di specie.

Più che di una vera e propria regola di bilanciamento si tratta quindi di una “regola sulla competenza”, di uno strumento di riparto del potere decisionale: più precisamente, nel “gioco cooperativo” Corte costituzionale-corti comuni, si assiste (qui come altrove) a una distribuzione verticale di competenze decisionali secondo cui alla prima spetta il compito di procedere a un « bilanciamento definitivo » *all'ingrosso* (“per grandi categorie”), e ai secondi il compito di specificare in dettaglio le indicazioni “a trama aperta” fornite dal giudice costituzionale attraverso un bilanciamento *ad hoc* da compiersi caso per caso (*one case at the time*) (12). Con l'avvertenza che talvolta il criterio di bilanciamento adottato non viene esplicitato apertamente, ma resta quasi sotto traccia.

Una simile tecnica decisoria è, ovviamente, al servizio del principio di uguaglianza: la contrarietà al principio di ragionevolezza degli automatismi legislativi sta tutta nell'inibizione, per il giudice di merito, ad adottare soluzioni conformi alle reali caratteristiche dei singoli casi concreti e nel mandato vincolante ad applicare la regola “ad occhi bendati”,

(10) Così BIN, *op. cit.*, 3576.

(11) BIN, *La Corte e la scienza*, Relazione al Seminario *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Parma 19 marzo 2004.

(12) Sulla distinzione tra « bilanciamento caso per caso » (o « bilanciamento *ad hoc* ») e « bilanciamento definitivo » (o « categoriale ») è sufficiente rinviare, anche per gli opportuni riferimenti all'elaborazione teorica tedesca e nordamericana in argomento, a PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 2007, n. 28, 219 ss. e MANIACI, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in *Dir. & Quest. Pubbl.* 2002, n. 2, 60 ss. Detto in sintesi, con il primo tipo di bilanciamento il giudice (nel nostro sistema, il giudice ordinario) risolve il conflitto fra i principi, i dritti, o gli interessi costituzionali in gioco in base ad una valutazione equitativa delle circostanze presenti nel singolo caso individuale da decidere. Con il secondo tipo di bilanciamento, il giudice (nel nostro sistema, la corte costituzionale) risolve il conflitto in relazione a un caso generico attraverso la formulazione di *standard* di giudizio universali e astratti che arricchiscono la premessa maggiore del sillogismo giudiziale, costituendo il presupposto per la successiva applicazione di una regola da parte delle corti comuni.

anche quando le giustificazioni sostanziali soggiacenti (le ragioni che stanno alla base della linea di condotta da essa indicata) falliscono o sono destinate a retrocedere. Avremo modo di occuparcene più diffusamente in seguito. Per il momento vale la pena di dare contezza del fatto che si tratta di una tecnica decisoria ampiamente collaudata dalla giurisprudenza costituzionale.

3. *Una cursoria rassegna di applicazioni giurisprudenziali della delega di bilanciamento in concreto in materia penale: Corte costituzionale e automatismi legislativi, tra presunzioni legali di pericolosità sociale e presunzioni legali di conoscenza.* — Uno dei settori in cui la Corte ha fatto frequente ricorso alla delega di bilanciamento in concreto alle corti di merito come strumento tecnico per rimediare ad un'illegitima equiparazione sanzionatoria di casi concreti fra loro dissimili non in linea col principio di uguaglianza-ragionevolezza è emblematicamente rappresentato dalle presunzioni legali di pericolosità sociale nel campo delle misure di sicurezza.

In tale ambito, assume particolare risalto la sent. n. 253 del 2003 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p. « nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare idonee cure all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale » (13). Anche in questo caso la Corte è intervenuta a risolvere un problema prati-

(13) Corte cost., sent. n. 253 del 2003, in *Foro it.*, I, 2020, con nota di ROMBOLI. Per una sintesi delle principali questioni affrontate dalla sentenza v. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. e processo* 2004, 300 ss. Nel campo delle presunzioni di pericolosità sociale seguono, nella sostanza, la stessa *ratio* decisoria la sent. n. 1 del 1971, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 224, comma 2 c.p. per contrasto con l'art. 3, comma 1 Cost., « nella parte in cui rende obbligatorio e automatico per i minori degli anni quattordici il ricovero per almeno tre anni in riformatorio giudiziario », perché parifica irragionevolmente situazioni tra loro diverse in base a giudizi di normalità non sorretti da dati di esperienza dotati di intrinseca plausibilità empirico-criminologica; come anche la sent. n. 139 del 1982, che ha giudicato costituzionalmente illegittimo l'art. 222 c.p. nella parte in cui poggia la presunzione di pericolosità sociale dell'infermo di mente su una « presunzione ulteriore, concernente il perdurare della stessa infermità psichica, senza mutamenti significativi dal momento del delitto al momento del giudizio ». Nel ribadire « la legittimità in via di principio, nel campo delle misure di sicurezza, di tecniche normative di tipizzazione di fattispecie di pericolosità cui collegare l'applicazione di determinate misure », la pronuncia in questione ha ritenuto « parimenti acquisita alla giurisprudenza della Corte la doverosità del sindacato, alla stregua del principio di uguaglianza, su singole fattispecie di pericolosità costruite in termini « presuntivi » e rigidi là dove la presunzione di pericolosità non abbia fondamento nell'*id quod plerumque accidit* ed abbia per conseguenza l'indiscriminata applicazione delle misure di sicurezza in situazioni che differiscono tra loro proprio negli aspetti cui la misura può ragionevolmente riferirsi ».

co-applicativo di giusta o proporzionata riconduzione di casi individuali ad una normativa astratta costruita secondo schemi presuntivi non adattabili alla varietà delle specifiche situazioni prospettabili in concreto; e lo ha fatto attraverso una delega di accertamento agli organi giurisdizionali dell'effettivo livello di intensità della pericolosità individuale vista quale « unico modo per realizzare il bilanciamento di diverse esigenze costituzionali », e cioè difesa sociale e tutela della salute dei sofferenti psichici. In particolare, la Corte prende atto del rapporto di tensione conflittuale che il ricovero obbligatorio in ospedale psichiatrico giudiziario intrattiene col principio di cui all'art. 3 Cost. e supera l'automatismo basato sulla massimizzazione a senso unico delle sole esigenze preventive, dando mandato ai giudici di bilanciare, alla luce del (meta)criterio dell'uguaglianza formale, esigenze di cura e tutela dell'infermo di mente autore di reati ed esigenze di controllo della sua pericolosità sociale, in vista della possibile adozione di misure di tipo non custodialistico o segregante.

La stessa *ratio* decisoria è possibile rintracciarla, a titolo meramente esemplificativo, nella sentenza sull'inescusabilità assoluta dell'ignoranza o dell'errore sull'età della persona offesa nei delitti contro la libertà sessuale di cui all'art. 609-*sexies*, c.p. (14): la Corte, pur dichiarando inammissibile la questione per « omesso tentativo di interpretazione conforme », nel risolvere il conflitto tra l'interesse alla tutela rafforzata dell'integrità sessuale del minore desumibile dall'art. 31 Cost. e il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, commi 1 e 3 Cost., ha provveduto a disinnescare l'automatismo della presunzione assoluta di conoscenza contenuto nella norma attraverso la formulazione di una regola di bilanciamento “a maglie larghe” che prevede il possibile inserimento, tra i requisiti originariamente contenuti nell'enunciato legislativo del contrassegno aggiuntivo dell'*inevitabilità* dell'ignoranza o dell'errore sull'età della vittima (15). Col risultato finale di introdurre una “clausola d'eccezione” non prevista a livello testuale e largamente indeterminata, la cui specificazione è consegnata al gioco dei precedenti giudiziali.

E la stessa motivazione implicita la si può intravedere anche nella ben più impegnativa sentenza che, nel bilanciare principio di colpevolezza ed esigenze di tutela oggettiva dei beni penalmente protetti, ha giudicato costituzionalmente illegittimo il regime dell'obbligatorietà in-

(14) In proposito v. RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error juris: una decisione « timida » o « storica » della Corte costituzionale?*, in *Dir. pen. e processo* 2007, 1461 ss. e VIZZARDI, *Ignoranza dell'età della persona offesa e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 1351 ss.

(15) La regola dell'inevitabilità-scusabilità è stata poi formalmente recepita dal legislatore nel nuovo testo dell'art. 609-*sexies*, il quale ora prevede espressamente che « il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile ».

condizionata della legge penale di cui all'art. 5 c.p. nella parte in cui non prevede la scusabilità dell'ignoranza o dell'errore inevitabile (16).

3.1. (Segue): *Corte costituzionale e automatismi sanzionatori*. — Anche il sindacato di ragionevolezza sulle c.d. pene fisse (17) (cioè sugli automatismi legislativi attinenti al piano delle conseguenze sanzionatorie applicabili) si ispira, a conti fatti, ad un'analoga logica di fondo: aprire spazi di valutazione discrezionale in sede di commisurazione giudiziale della pena, questa volta al limitato scopo di graduare l'entità della risposta sanzionatoria all'effettivo disvalore del fatto commesso. La comminatoria fissa mette allo scoperto un'evidente « insufficienza della norma rispetto all'individualità », sicché la rigidità della pena determina anche qui problemi di adeguamento o « concretizzazione della norma astratta nel caso concreto » (18).

Tale orientamento giurisprudenziale, come quello, contenutisticamente affine, relativo al più problematico sindacato di legittimità sulle

(16) Si tratta di Corte cost., sent. n. 364 del 1988, in *Foro. it.* 1988, I, 1385 ss., con nota di FIANDACA.

(17) Sul tema ancora attuali le riflessioni di BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, in *Scritti di diritto penale, Opere monografiche*, a cura di S. CANESTRARI e S. MELCHIONDA, Milano 2000, 874 ss.; ID., *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducativa*, in *Scritti di diritto penale I - Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, a cura di S. CANESTRARI e S. MELCHIONDA, Milano 1997, 279 ss.; e PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1981, 726 ss. Nella giurisprudenza della Corte costituzionale da ultimo cfr. Corte cost., ord. n. 91 del 2008, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 99, comma 4 c.p., sollevata per contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 Cost.: la Corte ha osservato che « la tendenziale contrarietà delle pene fisse al “volto costituzionale” dell'illecito penale debba intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso: non ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide e 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 ». Per aggiungere poi, con specifico riferimento alla norma denunciata, che « — pur costituendo, quello scrutinato, un assetto che si discosta per più versi dalle linee generali del sistema — deve comunque escludersi che il giudice, per effetto di esso, resti privo di sufficienti margini di adattamento del trattamento sanzionatorio alle peculiarità della singola ipotesi concreta ». Il giudice infatti « può, “a monte”, decidere discrezionalmente se applicare o meno l'aumento di pena per l'aggravante in questione; e ciò — alla stregua dei criteri di corrente adozione in tema di recidiva facoltativa — in esito alla valutazione della concreta significatività del nuovo delitto, in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo ». Peraltro, « ove il giudice opti per l'applicazione dell'aumento di pena, quest'ultimo risulta fisso nella misura frazionaria, la quale si correla, tuttavia, a un dato variabile, qual è la pena base, che il giudice può discrezionalmente determinare tra il minimo e il massimo edittale, alla luce dei criteri stabiliti dall'art. 133 c.p., incidendo di riflesso anche sull'incremento connesso alla recidiva ».

(18) ENGLISH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, II Auflage 1968, 202.

cornici edittali di pena, si caratterizza, peraltro, per la tendenza a fare rispettivamente interagire principio di uguaglianza e principio rieducativo allo scopo di rendere concretamente giustiziabile il limite costituzionale della ragionevolezza, qui concepito come possibile criterio di controllo del rapporto di proporzione tra illecito e sanzione (19). Il modello di ragionamento seguito per stabilire un collegamento funzionale tra ragionevolezza e rieducazione, come è ormai noto, si basa sul rilievo per cui pene non adeguatamente proporzionate al disvalore del fatto commesso finiscono con l'alimentare nel reo sentimenti di ostilità nei confronti dell'ordinamento, alterando in radice la disponibilità psicologica a sottoporsi al trattamento. Una simile valorizzazione dell'art. 27, comma 3 Cost., come parametro espresso di verifica della ragionevolezza delle previsioni astratte di pena, si riannoda, del resto, ad alcune impegnative prese di posizione della giurisprudenza costituzionale che, con il respiro di un'enunciazione generale di principio, hanno esteso la prospettiva della rieducazione dal più congeniale terreno dell'esecuzione penitenziaria a quello della determinazione concreta della pena da parte del giudice, fino alla previsione legale astratta di tipologie sanzionatorie e forbici edittali (20).

Ora, nonostante proprio il sindacato di costituzionalità sulle pene accessorie avrebbe potuto presentarsi in astratto come uno dei candidati

(19) Afferma per la prima volta un collegamento funzionale tra uguaglianza e rieducazione Corte cost., sent. n. 50 del 1980, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1981, 725 ss., secondo cui le esigenze di individualizzazione espresse dall'art. 27 Cost. richiedono « un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile un adeguamento individualizzato, "proporzionale", delle pene inflitte con la sentenza di condanna ». Il che imporrebbe al legislatore, prima ancora che al giudice, di garantire alla pena il massimo di « adeguamento al concreto ». Purtuttavia, come si è fatto notare in sede di commento alla decisione in questione, secondo la Corte « ogni fattispecie sanzionata con pena *fissa* (qualunque ne sia la *specie*) è per ciò solo *indiziata* di illegittimità: tale "indizio" potrà venire smentito soltanto in seguito a un controllo *strutturale* della fattispecie. Non si esclude infatti, giustamente, che in ipotesi particolari la pena possa risultare congrua, ancorché priva di elasticità. Ma ciò può avvenire solo in quanto la struttura della relativa fattispecie la renda "proporzionata" all'intera gamma dei comportamenti tipicizzati: in altri termini, qualora l'illecito, per sua stessa conformazione, non sia *graduabile* »: così PALIERO, *ult. cit.*, 738.

(20) Corte cost., sent. n. 313 del 1990, in *Foro it.* 1990, I, 2385, con nota di FIANDACA, *Pena « patteggiata » e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, che, in controtendenza rispetto all'orientamento tradizionale tendente a relegare il finalismo rieducativo della pena alla sola fase del trattamento penitenziario, ne estende la portata da « quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue » in base al rilievo per cui « se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa, né in quella applicativa) alla necessità rieducativa del soggetto (...). Deve essere, dunque, ribadito che il precetto di cui all'art. 27 Cost. vale tanto per il legislatore quanto per il giudice della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse attività penitenziarie ».

più idonei ad ospitare giudizi basati sull'interazione tra ragionevolezza e rieducazione, la Corte, con la sentenza in commento, si limita invece a dichiarare la non conformità della norma denunciata al principio di ragionevolezza-uguaglianza, senza fare alcun richiamo al collegamento, pur evidenziato nella prospettazione del rimettente, tra la violazione dell'art. 3 Cost. e la violazione dell'art. 27, comma 3 Cost. (21) L'omessa considerazione da parte della Corte del possibile cortocircuito esistente tra automatismi sanzionatori e finalismo rieducativo — tra un'applicazione "cieca" e senza eccezioni della pena accessoria e la necessità di progettare tipologie sanzionatorie già in astratto atte a favorire (o non pregiudicare) l'effetto rieducativo — sorprende però solo fino a un certo punto.

Nell'economia complessiva delle decisioni della Corte sulle previsioni sanzionatorie astratte, infatti, la compromissione della finalità rieducativa di cui all'art. 27, comma 3 Cost. sembrerebbe, il più delle volte, chiamata a svolgere un ruolo tutto sommato limitato: ossia, il ruolo di specifico punto di emersione (con funzione quasi riepilogativo-riassuntiva) del complesso delle valutazioni di razionalità strumentale ed assiologica compiute dal giudice delle leggi su idoneità-necessità-proporzionalità della comminatoria edittale.

Da questo punto di vista, cioè, il principio rieducativo, più che la vera *ratio* decisoria, parrebbe più realisticamente costituire il condensatore finale, il bacino di raccolta, di considerazioni etico-normative già svolte a monte (considerazioni di giustizia, di ragionevolezza, di opportunità, spesso attinenti al bilanciamento tra principi, interessi o diritti fondamentali, inclusa la ponderazione delle diverse finalità che l'ordinamento persegue con la minaccia della pena): un principio che non può funzionare, dunque, senza il sostegno di premesse ulteriori, un parametro più appartenente al piano della « giustificazione interna » che a quello della « giustificazione esterna », più al piano delle conclusioni del percorso argomentativo che non a quello dei fondamenti sostanziali della decisione. Insomma, più capolinea che stazione di partenza.

Il sindacato di ragionevolezza-proporzione sulle scelte legislative in tema di assetti sanzionatori, pur quando formalmente si appoggia al parametro costituzionale espresso di cui all'art. 27, comma 3 Cost., tende pertanto ad assumere, in realtà, le fattezze di una verifica a tutto campo della razionalità politico-criminale complessiva della fattispecie. Una verifica che presuppone a monte il compimento di vere e proprie operazioni di bilanciamento che coinvolgono l'intero sciamè dei principi, valori, in-

(21) Si mostra propensa a valorizzare in chiave prioritaria e assorbente il contrasto tra applicazione automatica della pena accessoria ed esigenze rieducative, relegando il pregiudizio agli interessi del minore al piano degli argomenti supplementari o di rinforzo LARIZZA, *Alterazione di stato: illegittima l'applicazione automatica della decadenza dalla potestà dei genitori*, in *Dir. pen. e processo* 2012, fasc. 5, 600.

teressi o diritti fondamentali in competizione fra loro nella fattispecie in discussione.

Sotto questo profilo, vale la pena di segnalare che, su un piano più generale, la connessione concettuale (la relazione “parassitaria”) tra ragionevolezza e bilanciamento — resa peraltro esplicita dal modo di argomentare adottato dalla Corte con la pronuncia in commento — è un dato confermato dall’osservazione delle prassi decisionali di fatto seguite dalla giurisprudenza costituzionale. Dove si registra la sempre più marcata tendenza di fondo a concepire il canone omnicomprensivo e sintetico della ragionevolezza come un *meta-criterio procedurale* che non contiene, già in partenza, indicazioni sostanziali univocamente vincolanti: un criterio di per sé contenutisticamente neutro, che, cioè, non predetermina *ex ante* gli esiti decisori della procedura argomentativa, indirizzandola verso un risultato determinato. Si tratterebbe cioè di un puro « metodo di giudizio », che assume contenuti effettivi solo in stretta interazione con il complesso dei principi, diritti e interessi costituzionali (a seconda dei casi *extra* o *endo*-penalistici) coinvolti nella questione da decidere (22). È per queste ragioni che, nelle sue reali condizioni d’uso, il canone generale della ragionevolezza, al di là delle apparenze, non viene di fatto impiegato dalla Corte come parametro di legittimità costituzionale auto-applicativo, in grado cioè di funzionare da solo come autonoma *ratio decidendi*, bensì come un metodo non strutturato di risoluzione dei conflitti con un nucleo fortemente metaforico che allude al bilanciamento delle ragioni costituzionali rilevanti. In tali condizioni, la ragionevolezza penalistica tenderebbe ad atteggiarsi sempre più come il saldo finale di una verifica della razionalità politico-criminale complessiva della disposizione censurata, condotta alla luce dell’insieme dei parametri costituzionali di volta in volta messi in tensione dalla fattispecie in discussione. In altre parole, la ragionevolezza o l’irragionevolezza di una fattispecie penale non pare concettualmente raffigurabile come il predicato statico e inerte di una norma, bensì come una variabile dipendente dal diverso modo di concepire e fare interagire tra loro beni o principi in conflitto. Essa designa pertanto un vuoto: uno spazio che dovrebbe essere occupato da un concetto e nel quale campeggia, invece, una metafora, la metafora del “peso” delle ragioni configgenti e del loro bilancia-

(22) Nello stesso senso cfr. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell’uguaglianza*, a cura di M. CARTABIA e T. VETTOR, Milano 2009, 145, il quale osserva che « fuori dalle possibili ipotesi in cui è ancora destinata ad operare come l’altra faccia del principio di uguaglianza, la ragionevolezza non va più concepita come un parametro di riferimento rilevante di per sé quale principio costituzionale alla cui stregua vagliare la legittimità delle fattispecie denunciate; piuttosto essa sembra potere fungere da criterio o metodo di giudizio che presiede al bilanciamento tra concorrenti principi penalistici, o comunque alla verifica del rapporto di congruenza tra una razionalità assiologica e una razionalità strumentale assunte pur sempre secondo parametri costituzionali di specifica rilevanza penalistica ».

mento. A quali condizioni, poi, la scelta dei criteri di risoluzione del conflitto possa integrare gli estremi di un bilanciamento razionalmente giustificato in grado di immunizzare, sia pure in parte, contro il peso non trascurabile svolto da credenze e atteggiamenti etico-normativi degli interpreti, è una questione che porterebbe troppo lontano (23).

Tornando al versante dei controlli di costituzionalità sulle comminatorie edittali di pene fisse non mancano però brusche inversioni di rotta: in una recente sentenza sulla legittimità costituzionale delle pene accessorie interdittive previste come effetto automatico della condanna per il delitto di bancarotta fraudolenta, la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con gli artt. 3 e 27, comma 3 Cost., dell'art. 216, ultimo comma della legge fallimentare, a tenore del quale « la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa » (24). Secondo i giudici rimettenti, « la determinazione dell'entità della pena accessoria del delitto di bancarotta fraudolenta in misura fissa violerebbe gli artt. 3 e 27 Cost. perché non consentirebbe di tenere conto del fatto che tali pene accessorie conseguono a condotte di gravità assolutamente diversa — bancarotta distruttiva, dissipativa, documentale, preferenziale — tanto da consentire al giudice di determinare la pena principale in un ampio ambito che va da tre a dieci anni di reclusione, riconoscendosi in tal modo implicitamente che la fattispecie astratta trova applicazione rispetto a condotte di gravità molto diversa tra loro. Inoltre, una pena accessoria di tale durata non sarebbe conforme alle esigenze di rieducazione e reinserimento sociale del condannato quale membro economicamente attivo della società ».

Orbene, un punto merita di essere segnalato in proposito, allo scopo di fare emergere una possibile incongruenza negli ondivaghi esiti decisori cui il giudice costituzionale di volta in volta perviene: si allude al fatto che questa volta la Corte, trincerandosi dietro il tabuistico rispetto della discrezionalità politica del legislatore — chiamato in causa tutte le volte in cui, come in questo caso, ritenga che il suo esercizio non oltrepassi il limite (ampiamente valutativo) della non manifesta irragionevolezza — oppone un intransigente *non liquet* rispetto alla richiesta introduzione di possibili meccanismi di flessibilizzazione della risposta sanzionatoria. L'incongruenza sta nel curioso paradosso per cui la Corte non esita ad

(23) Volendo sul punto v. TESAURO, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, 186 ss.

(24) Corte cost., sent. n. 134 del 2012, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1° giugno 2012, con nota di VARRONE, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, in un caso concernente le pene accessorie interdittive per il reato di bancarotta fraudolenta*.

arroccarsi dietro un rigoroso *non expedit* rispetto a quelle che ritiene « questioni di costituzionalità che si risolvono in una richiesta di pronuncia additiva a contenuto costituzionalmente non obbligato » quando, come in questo caso, si tratta di scrutinare — sotto il profilo dei complessi intrecci fra uguaglianza, proporzione e rieducazione — la ragionevolezza di una pena fissa nel *quantum*. Mentre si è dimostrata disponibile ad abbandonare il tradizionale atteggiamento di prudenziale *self restraint* quando, come nel caso della pronuncia emessa in tema di perdita della potestà genitoriale, si è trattato di sindacare la ragionevolezza di una pena accessoria vincolata nell'*an*.

3.2. (Segue): *Corte costituzionale e presunzioni di pericolo*. — Se non si forza troppo il modello interpretativo, una chiave ricostruttiva sostanzialmente non dissimile può essere riproposta anche con riferimento all'intero settore dei reati a pericolo astratto o presunto, dove si registra la spinta crescente verso un ampio utilizzo della delega di accertamento in concreto alle corti di merito del requisito della pericolosità effettiva delle condotte incriminabili. Un settore in cui lo *standard* generale del pericolo concreto — quale prodotto del bilanciamento costituzionale (per lo più implicito) tra le esigenze di garanzia individuale sottese al principio di offensività e le esigenze di difesa oggettiva dei beni giuridici — si traduce in un canone giudiziale di ricostruzione restrittiva del fatto punibile che costituisce un'ulteriore proiezione in fase applicativa della medesima logica del bilanciamento.

Anche qui la Corte, con ripetuti interventi (in tema di armi ed esplosivi, cessione di sostanze stupefacenti prive di c.d. efficacia drogante, coltivazione domestica finalizzata al mero uso personale, possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli, istigazione e apologia) (25),

(25) Si allude a Corte cost., sent. n. 62 del 1986, in *Cass. pen.* 1986, 1053 ss., con nota di PALAZZO, *Ragionevolezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi*; Corte cost., sent. n. 333 del 1991, in *Foro it.* 1991, I, 2628 ss., con nota di Fiandaca, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*; Corte cost., sent. n. 360 del 1995, in *Cass. pen.* 1995, 2820 ss., con nota di AMATO, *Nuovi interventi giurisprudenziali in tema di coltivazione di piante da cui si estraggono sostanze stupefacenti*; Corte cost., sent. n. 225 del 2008, in questa *Rivista* 2008, 2539 ss., con nota di MANES, *La pervicace resistenza dei reati di sospetto*, la quale ribadisce l'orientamento tradizionale secondo cui « spetta alla corte procedere alla verifica dell'«offensività in astratto», acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo, esigenza che, nell'ipotesi di reato di pericolo, presuppone che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto risponda all'*id quod plerumque accidit*; se tale condizione è soddisfatta, il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario »; Corte cost., sent. n. 108 del 1974, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1974, 444, che distingue istigazione lecita e istigazione punibile in base all'attitudine della condotta a determinare un pericolo concreto per l'ordine pubblico; e Corte cost., sent. n. 65 del 1970, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1971, 18, con nota di BOGNETTI, *Apo-*

ha ribadito a più riprese una tendenza sempre più marcata verso la trasformazione di reati costruiti secondo lo schema del pericolo astratto da norme a *fattispecie chiusa* (“compatte”, “indivisibili”, “tombali”), rette dalla clausola *ne varietur*, in norme a *fattispecie aperta* (elastiche, selettive, derogabili), sensibili ad interpretazioni “defettibiliste” rette dalla clausola “a patto che” (26). E anche qui la domanda è sempre la stessa: la rigidità formale della norma astratta, la sua tipica refrattarietà agli adattamenti imposti dalla variabilità del mondo, consente una risposta giudiziale al caso singolo in linea con le esigenze di pari trattamento imposte dal principio di uguaglianza-giustizia? Come è noto, nel vagliare la legittimità costituzionale delle presunzioni di pericolo, la Corte adotta una strategia decisoria che si caratterizza per un vistoso slittamento dalla fattispecie astratta ai casi concreti, dall’offensività come parametro “esterno” di controllo sul contenuto sostanziale delle incriminazioni con funzione *critico-limitativa* (secondo una logica “dentro o fuori” tutta proiettata sul terreno della *validità*), all’offensività come criterio di conformazione “interna” del fatto tipico con funzione *interpretativa* (secondo una più debole logica “correttiva” tutta proiettata sul terreno della *ragionevolezza applicativa*): in definitiva, una riconversione della questione di legittimità costituzionale da questione relativa all’offensività in astratto in questione relativa all’uguaglianza in concreto.

In estrema sintesi, i passaggi argomentativi del ragionamento seguito dal giudice costituzionale per giustificare il salto dal pericolo astratto a un pericolo concreto a gestione giurisprudenziale seguono un andamento costante che si articola in due tappe fondamentali: in primo luogo, con una manovra sostanzialmente elusiva (peraltro giustificata dai rischi più che probabili di conflittualità istituzionale col decisore politico), la Corte si sottrae solitamente al compito di procedere con rigore analitico ad una puntuale verifica *in positivo* della corrispondenza alla realtà empirica dei predicati fattuali su cui si basano le presunzioni di pericolo, anche perché la valutazione circa la fondatezza scientifica della previsione di rischio si presenta di solito come epistemicamente controversa, quando non aperta a usi politici contingenti dei saperi tecnici degli esperti (27); e ripiega su un criterio di legittimazione più presuntivo

logia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell’art. 414 c.p. u.c., secondo cui apologia punibile « non è la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti ».

(26) Sul ruolo svolto dalla defettibilità nel ragionamento giuridico, e sulle sue accresciute possibilità di impiego nel contesto di un’esperienza giuridica fortemente impregnata di cultura neo-costituzionalista v. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVIII, n. 2, 2008, 472 ss.

(27) Sul punto cfr. FIANDACA, *Sui giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Milano 2011, 294 ss., il quale osserva che « il cuore della questione risiede nel

che effettivo, com'è quello che fa leva sulla c.d. ragionevolezza *in negativo*: un criterio che si incarica di mettere immancabilmente al riparo la fattispecie legale sotto il generoso e capiente ombrello della « non manifesta irrazionalità o arbitrarietà » della normativa astratta secondo l'*id quod plerumque accidit*. In secondo luogo, con una mossa tattica di spostamento alla sede giudiziaria di decisioni istituzionalmente spettanti al legislatore democratico o al giudice costituzionale, delega alle corti di merito il compito di verificare caso per caso possibili sfasature tra pericolo opinato e pericolo effettivo.

Senonché, il ricorso a una clausola di salvaguardia basata sulla prova giudiziaria di una reale messa in pericolo del bene protetto, pur se motivata dalla comprensibile esigenza di evitare applicazioni eccessivamente formalistiche della norma penale ai limiti dell'illecito di pura disobbedienza, rischia di apparire, nella maggioranza dei casi, “controintuitivo”.

Procedendo per sintesi brutali, è noto che la scelta legislativa a favore del pericolo astratto si giustifica in due casi: o in ragione delle caratteristiche *superindividuali* dei beni protetti, che come tali sono strutturalmente privi di substrato empirico materialmente ledibile; ovvero, quando si tratta di assicurare protezione anticipata a beni finali di natura *individuale*, per l'incontrollabile vocazione espansiva del pericolo generato dalla condotta, peraltro in un quadro epistemico di sfondo spesso caratterizzato da forte incertezza cognitiva. Nell'uno e nell'altro caso, l'offesa non appare dunque circoscrivibile entro precisi correlati fenomenici: sicché la richiesta rivolta al giudice a fornire la prova empirica della pericolosità in concreto della singola condotta incriminabile equivale, in realtà, a una richiesta “supererogatoria” ai limiti della *probatio diabolica* (28). In queste condizioni, appare perciò quanto meno poco promettente il tentativo di recuperare a livello interpretativo-applicativo

fatto che proprio la valutazione scientifica del rischio risulta assai problematica (...). D'altronde, un organo come la Consulta, pur tenendo conto dei poteri istruttori attivabili nell'ambito del processo costituzionale, non dispone di un accesso privilegiato ai saperi scientifici: per cui, come per i giudici di merito, anche per essa si pone il difficile problema di dovere prendere partito tra orientamenti scientifici discordanti o in aperto conflitto, con la connessa esigenza di seguire regole di utilizzazione critica dei saperi tecnici nei casi particolarmente controversi (...). Ne deriva allora — riteniamo — che la stessa valutazione di ragionevolezza, quale effettuabile dalla Corte in sede di eventuale scrutinio di costituzionalità, difficilmente potrebbe essere compiuta considerando da solo come decisivo il grado di incertezza scientifica della prognosi di rischio; tanto più che la stessa stima del rischio ad opera degli esperti risulta, a sua volta, tutt'altro che impermeabile a considerazioni di carattere valutativo. Se così è (...), la Corte potrebbe censurare la discrezionalità legislativa nei soli casi (ma quanto facili di fatto a verificarsi?) in cui l'assenza di giustificazione empirica di eventuali tutele coercitive in prospettiva precauzionale dovesse risultare particolarmente evidente ».

(28) Per un efficace quadro riassuntivo della giurisprudenza costituzionale sui reati di pericolo che ne mostra complessità e limiti di approccio v. FIANDACA, *Una in-*

un'offensività in concreto difficilmente pronosticabile già a livello di progettazione legislativa della fattispecie astratta. Sicché, in mancanza di istruzioni anche solo debolmente orientative di volta in volta fornite dal giudice costituzionale in sede di sindacato sulla ragionevolezza complessiva delle singole presunzioni di pericolo, il correttivo giudiziario della ricerca di un'offensività in concreto finisce con l'assomigliare molto da vicino a una *delega in bianco* che, in nome di una certa "ideologia del particolarismo", attribuisce ai giudici di merito il ruolo "sapienziale" di una corte di *equitas* che, nel distinguere tra tipi di casi punibili e non punibili, opera in base a "generalizzazioni compensative" contingenti di tipo prevalentemente intuizionistico-emotivo, ovvero in base a poco controllabili valutazioni extragiuridiche di stampo sociologico-politico (29). Il che non può costituire un dato neutro o ininfluenza, soprattutto se si considera che il senso complessivo di tutta la giurisprudenza costituzionale sulle presunzioni assolute è proprio quello di risolvere, in linea col principio di uguaglianza, un « problema interpretativo-applicativo di « giusta » o proporzionata riconduzione del caso concreto alla fattispecie generale e astratta » (30).

4. *La trasformazione delle fattispecie presuntive da regole "trincerate" in regole "conversazionali"*. — A volere tentare di utilizzare come chiave di lettura della giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi schemi concettuali di analisi proposti nell'ambito della più sofisticata riflessione teorico-generale sulle decisioni mediante regole, si può a questo punto osservare che l'aspirazione di fondo manifestata a più riprese dalla Corte sia quella di soppiantare un modello di decisione giudiziale basato su regole concepite come generalizzazioni assolute (come tale più sensibile alla logica tradizionale della legalità penale) a favore di una strategia decisionale di tipo « particolaristico », basata, per converso, su regole concepite come generalizzazioni *prima facie* (come tale più sensibile alle giustificazioni sostanziali sottostanti o al bilanciamento delle ragioni).

Il formalismo pratico della decisione giudiziaria mediante regole (il c.d. *rule-based decision-making*), come metodo di decisione più in sintonia con la logica sussuntiva tipica del più tradizionale immaginario posi-

troduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata, Napoli 2003, 141 ss.

(29) Valuta criticamente come atteggiamento di « disimpegno, rispetto a più coraggiose aperture verso una più piena valorizzazione del principio di offensività, la tendenza della Corte costituzionale a delegare ai giudici di merito il compito di depurare l'area della punibilità da fatti concretamente inoffensivi PALAZZO, *Il costituzionalismo penale italiano e le Corti europee*, in AA.VV., *Lo Stato costituzionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, a cura di P. CARLETTI e M.C. GRISOLIA, Bologna 2010, 574.

(30) Così FIANDACA, *Sui « giudizi di fatto » nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, cit., 290.

tivista sulla legalità penale, viene così superato a vantaggio di un *decision-making* di tipo particolaristico basato su direttive *ad hoc*, su decisioni singolari attente alle peculiarità del caso concreto: mentre nella “decisione basata su regole” il metodo di decisione consiste nell’applicazione (impersonale, anonima e senza eccezioni) di regole prestabilite a casi individuali, nella “decisione particolaristica” « il metodo consiste nello stabilire caso per caso quale sia la decisione giusta, guardando volta per volta alle ragioni — *tutte le ragioni* — che militano a favore delle, o contro le diverse soluzioni ipotizzabili; o nel domandarsi, volta per volta, se la regola sia effettivamente da applicare o no, alla luce delle particolari circostanze del caso oggetto di decisione ». Insomma, « chi decide sulla base di regole non guarda alle ragioni *pro* e *contra* nel caso particolare. Non si domanda se nel caso particolare si applichino le ragioni che, in ipotesi, giustificano la regola o se per avventura non si applichino altre ragioni che giustificano una decisione diversa da quella indicata dalla regola. Non entra nel merito: si limita ad accertare se il caso ricade o no sotto la regola. Il decisore particolarista, di contro, entra ogni volta nel merito. Soppesa, volta per volta, le ragioni che si applicano al caso » (31).

Orbene, la Corte costituzionale, nella sentenza da cui abbiamo preso le mosse e in tutti gli altri casi sopra esaminati, si orienta a favore del secondo dei due metodi di decisione ora indicati e fornisce risposta affermativa alla domanda del rimettente sul carattere a prima vista paradossale o irragionevole di ogni decisione basata su regole non rivedibili: non è forse un « paradigma di irrazionalità se non addirittura di bieca ottusità » (32) decidere in un certo modo, adottando soluzioni “a taglia unica” *modello Procuste*, solo perché c’è una regola che prescrive di decidere in quel modo, anche quando le giustificazioni sottese alla regola o il bilanciamento delle ragioni costituzionalmente rilevanti impongano una conclusione diversa nel caso concreto? In effetti, se ci si passa la metafora, tutte le pronunce prima esaminate sono, in fondo, variazioni sul tema di Procuste: pronunce in cui cioè emerge di continuo che decidere secondo generalizzazioni blindate nella forma del “prendere o lasciare”, in base a un regime “separativo” che opera per tagli verticali, per opposizioni radicali, implica la conseguenza di ignorare irragionevolmente differenze che si accreditano come rilevanti alla stregua del bene protetto o dei contro-interessi antagonisti estromessi dalla valutazione legislativa, con un cieco affidamento nell’uguaglianza in sé e per sé.

Sempre secondo la più accreditata indagine filosofico-giuridica sul significato del decidere secondo regole nel mondo del diritto, si possono da questo punto di vista distinguere due tipi fondamentali di regole, a

(31) Così CELANO, *Stato di diritto*, di prossima pubblicazione in *Filosofia del diritto*, a cura di G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA, Torino 2013.

(32) Così CELANO, *Le regole come generalizzazioni prescrittive trincerate*, in *Legge e diritti* (parte I, *Regole*), Dispense del Corso di Filosofia del Diritto, A.A. 2002-2003.

seconda del diverso modo in cui esse si comportano (o si ritiene, in base a una certa ideologia delle fonti, che debbano comportarsi) di fronte alle c.d. « *esperienze recalcitranti* », cioè di fronte ai tipi di casi che non risultano conformi alla generalizzazione in esse contenuta: si allude alla distinzione tra *regole conversazionali* e *regole trincerate* (33). La premessa è che può accadere (e normalmente accade) che, di fronte a certi tipi di casi, l'applicabilità della regola, se riconsiderata alla luce della giustificazione di sfondo o del bilanciamento degli interessi in gioco, può cadere in crisi: ogni regola (per esempio « vietato l'ingresso ai cani nei ristoranti pubblici »; oppure « la condanna pronunciata contro il genitore per alcuno dei delitti contro lo stato di famiglia importa la perdita della potestà dei genitori »), se rivalutata alla stregua del bene protetto o del bilanciamento delle ragioni, è potenzialmente sovra-inclusiva, include cioè più casi di quelli che sarebbe doveroso o opportuno includere (per es., cane da salotto mansueto e ben educato, cane da guida per l'accompagnamento dei non vedenti, cane poliziotto anti-droga; alterazioni di stato conformi al superiore interesse del minore).

Orbene, mentre nel c.d. *modello conversazionale* le generalizzazioni sovra-inclusive « sono adattabili ai bisogni del momento », nel c.d. *modello trincerato* « le generalizzazioni oppongono resistenza a questa continua malleabilità » (34). Più precisamente, se si adotta il modello conversazionale, ci si dichiara disposti, in linea di principio, a “rivedere” le generalizzazioni, e cioè ad adattarle alle necessità del caso attraverso l'aggiunta di precisazioni e distinzioni e l'introduzione di eccezioni. Se si adotta invece il modello trincerato, il decisore tratta la generalizzazione come un limite insuperabile che oppone resistenza alla revisione: la regola è, cioè, concepita come indifferente rispetto alle ipotesi di sovra-inclusione, perché induce a trascurare certe caratteristiche della situazione di fatto potenzialmente rilevanti alla stregua del bene protetto o di altre esigenze costituzionali con esso in conflitto.

Una generalizzazione prescrittiva, infatti, seleziona come rilevanti alcuni tratti di somiglianza fra casi presenti o passati e contestualmente sopprime come irrilevanti altri tratti di dissomiglianza, proiettando gli uni e gli altri su casi futuri. La conseguenza è che, se si concepisce la regola come una generalizzazione trincerata « le soppressioni contenute nelle generalizzazioni passate impediscono di affrontare con successo il futuro, quando quest'ultimo si discosta dalle nostre aspettative » (35).

Ne deriva che « anche di fronte a un'esperienza recalcitrante, una generalizzazione trincerata controlla ugualmente, in quanto generalizza-

(33) Per la relativa distinzione tra « generalizzazioni trincerate » e « generalizzazioni conversazionali » v. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., 77 ss.

(34) *Ibidem*, 18.

(35) *Ibidem*, 84.

zione, la decisione » (36), anche quando i risultati cui conduce la sua applicazione divergono dai risultati cui condurrebbe l'applicazione diretta della giustificazione ad essa sottesa (o il bilanciamento degli interessi).

Se l'ambiente decisionale si orienta invece a favore del metodo particolaristico, il decisore è autorizzato a trattare la generalizzazione prescrittiva in modo conversazionale, come « nulla di più che l'indicatore malleabile della giustificazione che sta dietro di essa »: la tratta cioè « come se essa fosse sorta nella conversazione, modificandola se e quando si riveli inadeguata », « come un mero indicatore, rivedibile, di una realtà più profonda » (37).

In questa prospettiva di inquadramento teorico, il “gesto fondamentale” che si può intuire dietro tutte le decisioni della Corte in tema di ragionevolezza delle presunzioni legislative assolute è quello di convertire le fattispecie censurate da regole *trincerate* in regole *conversazionali*, da regole imperative e cogenti (c.d. *mandatory* o *regolative rules*) in “regole di esperienza” (cioè, in strumenti flessibili al servizio di scopi sostanziali ulteriori: c.d. *rules of thumb*) attraverso la diretta corresponsabilizzazione del livello giudiziario. Come notavamo prima, la valutazione in termini di irragionevolezza operata in tutti questi casi dal giudice costituzionale si appoggia alla constatazione che il *decision making* in base a regole trincerate contiene in sé qualcosa di paradossale: si tratta infatti di una procedura decisionale che si caratterizza, per definizione, per essere una procedura “sub-ottimale”, una procedura cioè fatalmente esposta al rischio di produrre risultati che, considerati alla luce del complesso delle “ragioni soggiacenti”, appaiono meno soddisfacenti rispetto ad altri risultati possibili. Non è forse irragionevole prendere decisioni in un modo del quale si sa già in partenza che condurrà talvolta a soluzioni erronee o costituzionalmente discutibili?

Ne deriva che, nel prescrivere il sotto-utilizzo costituzionalmente obbligato di « generalizzazioni non universali », come tali inevitabilmente destinate a fallire al cospetto di singoli casi concreti, la Corte tratta dunque il particolarismo come un imperativo morale imposto dal principio di ragionevolezza, una caratteristica insita nel concetto stesso di giustizia (38): una posizione che, nel mettere al bando norme programmatica-

(36) *Ibidem*, 87.

(37) *Ibidem*, 95 ss. Volendo rimanere fedeli a strumenti concettuali tradizionalmente più consoni alla cassetta degli attrezzi del penalista si potrebbe più ordinariamente parlare a questo riguardo di « riduzione teleologica della fattispecie », come procedimento col quale si restringe l'ambito di applicazione di una fattispecie in base a considerazioni attinenti allo scopo di tutela o al bene protetto: su tale metodo teleologicamente orientato di interpretazione restrittiva v. ENGLISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970, 286 ss.

(38) Il punto di vista espresso dalla Corte costituzionale nei confronti della rigidità normativa astratta delle presunzioni assolute si può sotto questo profilo ricollegare al rilievo per cui « la non universalità della generalizzazione risulta di per sé suf-

mente concepite per ignorare differenze individuali rilevanti al metro delle ragioni costituzionali implicate dalla fattispecie impugnata, può essere efficacemente riassunta nel perentorio monito per cui « generalizzare è da idioti » (39).

Già Platone, del resto, segnalava che ci sarebbe qualcosa di moralmente carente (e, aggiungerei oggi, di costituzionalmente sospetto) nel rifiuto di correggere il generale in funzione del particolare (40): a volere applicare una metafora platonica al « gioco di coordinazione » che si instaura tra Corte costituzionale e giudici comuni per uniformare automatismi legislativi unilateralmente sbilanciati a favore di uno solo dei beni costituzionali in gioco alle esigenze di variabilità imposte da un'applicazione ragionevole della fattispecie che tenga conto di tutti i principi o gli interessi coinvolti, alla prima può ben adattarsi il ruolo del « medico » o dell'« allenatore » che fornisce un programma di istruzioni generali e sotto-determinate da osservare in sua assenza, mentre ai secondi viene assegnato il compito del « capitano di una nave » che, « tenendo per legge la propria arte », emette ordini particolari riferiti alla situazione concreta e calibrati in base a tutte le variabili rilevanti ai fini della decisione.

Una simile procedura di correzione degli errori naturalmente generati da presunzioni legislative ispirate alla logica del « tutto o niente » si riannoda altresì all'appello aristotelico all'*equità*, intesa come un « correttivo della legge laddove essa incorre in un'omissione a causa del suo esprimersi in universale » (41): Aristotele, sia nell'*Etica Nicomachea* che nella *Retorica*, riconosce che l'esclusione di « particolari eticamente rilevanti » è una caratteristica costante di ogni generalizzazione. Eppure, secondo il suo punto di vista, questa esclusione non è *definitiva*: e compito dell'*equità* sarebbe proprio quello di rettificare, in seconda battuta, la rigidità legislativa in modo da includere la considerazione di quei fat-

ficiente a denotare un'ingiustizia ogniqualvolta una generalizzazione non universale sia presa a base di una decisione che riguardi soggetti e casi particolari per i quali essa non vale»: così SCHAUER, *Di ogni erba un fascio*, cit., 43. Insomma, dato che le regole sopprimono differenze potenzialmente rilevanti e « inchiodano il processo decisionale di oggi alle categorie di ieri », « non c'è nulla di intrinsecamente giusto nel processo decisionale basato su regole ». In questo senso, « le regole operano come un ostacolo per il raggiungimento della giustizia di quel caso concreto e, nel lungo periodo, impediscono il raggiungimento di un livello ottimale di giustizia »: *Id.*, *Le regole del gioco*, cit., 215-8.

(39) BLAKE, *Annotations to Sir Joshua Reinold's Discourses*, London 1908.

(40) Si tratta del passo del *Politico* (294a-b) in cui lo Straniero Eleatico, dialogando con Socrate, sostiene la tesi della superiorità della capacità razionale sulle leggi scritte e osserva che, quando c'è l'opportunità di evitare l'errore causato dall'applicazione della regola generale a un caso particolare, non farlo sarebbe « assurdo », « malvagio », « una disgrazia » e « un'ingiustizia ».

(41) ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1137-b.

tori che la generalizzazione ha escluso, con l'obiettivo di fornire una « giustizia completa » al posto di una « incompleta » (42).

Da questo punto di vista, la delega di bilanciamento in concreto conferita ai giudici all'esito dei controlli di ragionevolezza sulle presunzioni assolute funziona come un'autorizzazione esplicita all'esercizio di simili poteri equitativo-correttivi: poteri che, sulla scorta dei criteri direttivi fissati dalla Corte in modo aperto e indefinito, sono finalizzati, come si vedrà meglio appresso, all'enucleazione di più specifiche sottotipologie casistiche da sottrarre all'area dei comportamenti punibili.

4.1. (Segue): *la scelta del metodo particolaristico di decisione: condizioni e limiti.* — Il tendenziale rifiuto opposto nei confronti di generalizzazioni che parificano irragionevolmente situazioni disomogenee che, in quanto tali, richiederebbero invece soluzioni *su misura* non è, però, senza costi collaterali.

L'obiezione principale sollevata contro metodi di decisione che affidano al formante giurisprudenziale il compito di implementare, sul terreno delle prassi applicative concrete (cioè del bilanciamento caso per caso), le “regole differenziatrici” ad ampio spettro genericamente formulate dalla Corte in sede di bilanciamento definitorio ruota attorno al c.d. *argomento della sfiducia* (nei confronti della classe dei decisori giudiziari in relazione a certi tipi di decisione): una volta che il meccanismo per correggere « gli errori inevitabilmente commessi decidendo secondo generalizzazioni (...) sia creato, esso sarà comunque in balia dei della discrezionalità dei correttori d'errore, una discrezionalità che ad alcuni parrà una buona allocazione dell'autorità decisionale, ma ad altri sembrerà variabile quanto la misura delle scarpe del cancelliere » (43).

Nel tentativo di riscattare la strategia decisionale basata su regole ad applicazione assoluta e incondizionata dal sospetto di irrazionalità o assurdità che pende su di essa si è perciò ritenuto che, se per qualsiasi ragione (per esempio, presenza di *deficit* cognitivi, soprattutto in relazione a questioni empiriche ad alta complessità tecnico-scientifica, o incidenza di pregiudiziali politico-valutative, soprattutto in relazione a questioni altamente controvertibili dal punto di vista etico-sostanziale), un certo ambiente decisionale ha ragione di fare scarso affidamento sull'effettiva capacità dei giudici di pervenire a soluzioni razionalmente giustificate dei casi individuali tramite l'applicazione diretta della *ratio* sottostante o il bilanciamento in concreto di tutte le ragioni rilevanti, può allora apparire moralmente più difendibile (e costituzionalmente meno ingiustificabile) vincolare il decisore al rispetto inderogabile di norme eguagliatrici astratte, pur se si sa già in partenza che esse contengono

(42) NUSSBAUM, *Equity and Mercy*, in *Philosophy and Public Affairs*, 22, 1993, 83 ss.

(43) Così SCHAUER, *Di ogni erba un fascio*, cit., 57.

una collezione di casi dissimili costretti alla coabitazione forzata (44). Sotto tali condizioni può, cioè, non apparire del tutto insensato o irrazionale puntare su una “strategia decisionale di tipo generalista” e rassegnarsi all’inevitabilità della perdita e all’ineluttabilità del rimpianto. In questa prospettiva, le regole sono viste di conseguenza come « espedienti per l’allocazione di potere », strumenti il cui uso può essere giustificato dalla necessità di sottrarre intere classi di decisioni alla competenza istituzionale di una classe di decisori, disabilitati a riconsiderare, volta per volta, le ragioni che militano a favore o contro la linea di condotta indicata dalla regola (45).

In effetti, la scelta se flessibilizzare o meno (se “de-trincerare”) la fattispecie legislativa impugnata — e aprire così il campo alle valutazioni discrezionali dell’interprete giudiziario in sede di riempimento ermeneutico di criteri di bilanciamento fissati in modo solo tendenziale e indicativo dalla Corte — dipende non tanto dall’obbligatorio rispetto da tributare sempre e in ogni circostanza al principio di uguaglianza in sé e per sé considerato, quanto piuttosto da un complesso intreccio di considerazioni rispettivamente attinenti al piano della *razionalità rispetto agli scopi* e della *razionalità rispetto ai valori*. Vediamole in dettaglio.

Sotto il profilo della razionalità strumentale vengono, in primo luogo, in rilievo preoccupazioni che ruotano attorno al sopra segnalato argomento della *diffidenza* o della c.d. « avversione al rischio » (preoccupazioni basate cioè sul « desiderio di proteggerci contro errori del decisore nell’applicazione diretta delle giustificazioni di sfondo » (46) o nella valutazione delle ragioni pro o contro una certa linea di condotta in certi

(44) In questa ottica « un ambiente decisionale deve tenere conto non solo della possibilità di errori dovuti alla fedele applicazione di una regola di fronte a una realtà imprevedibile, ma anche dei probabili errori commessi da decisori tutt’altro che salomonici quando, svincolati dalle regole, si trovano a dovere applicare al caso in esame direttamente le giustificazioni di fondo. Quando si teme quest’ultimo tipo di errore più di quanto si teme l’altro (...) si ricorre alle regole per ridurre l’errore del decisore, limitando la sua capacità di valutare l’intera gamma di considerazioni potenzialmente difficoltose e complesse (...): invece di lasciare che i decisori passino al vaglio una vasta, complessa e varia gamma di fattori, le regole offrono quale sostituto una decisione basata su un numero minore di fattori facilmente identificati, facilmente applicati e facilmente controllabili da terzi »: SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., 237-8.

(45) Insomma, l’obiettivo perseguito è quello di una « sospensione della giurisdizione decisionale » implicita nel mandato impartito ai giudici di ignorare fatti, ragioni, argomenti: « tutti gli argomenti a favore della strategia decisionale basata su regole considerano la natura delle regole come essenzialmente giurisdizionale, ritenendo cioè le regole meccanismi per stabilire a chi spetta decidere e cosa questi deve prendere in considerazione. Le regole, pertanto, operano come strumenti per l’*allocazione di potere*. Un decisore non sottoposto ai limiti delle regole ha il potere, l’autorità, la giurisdizione di prendere tutto in considerazione; viceversa, il decisore sottoposto ai vincoli delle regole perde almeno una parte di quella giurisdizione »: *Ibidem*, 247.

(46) *Ibidem*, 20.

tipi di casi). Preoccupazioni cui si aggiungono anche esigenze di prevedibilità della decisione giudiziaria e di economia delle prestazioni giudiziarie (cioè di efficiente allocazione delle risorse decisionali).

Sotto il profilo della razionalità assiologica vengono invece in rilievo considerazioni morali sostanziali relative al diverso peso che si è disposti ad annettere ai principi o diritti costituzionali messi sotto *stress* dalla fattispecie in discussione, sulla base di convenzioni interpretative e argomentative diffuse nella cultura giuridica di riferimento e, soprattutto, in base agli atteggiamenti etico-normativi dell'interprete costituzionale nei confronti degli interessi in gioco.

Sulla scelta pesa anche il tipo di cultura giuridica, la specifica « ideologia delle fonti del diritto » che orienta il decisore costituzionale, e cioè la più generale concezione del diritto (e del diritto penale) da questi condivisa o presupposta.

In proposito si possono distinguere due principali famiglie di culture giuridiche: culture giuridiche legaliste o formaliste e culture giuridiche sostanzialiste (47). In estrema sintesi, per una cultura giuridica formalista o legalista, l'autorità del diritto dipende unicamente dal fatto che il diritto è il prodotto volontario di un'autorità politica legittima. Sicché il giudice che vi aderisce sarà indotto a privilegiare tecniche argomentative, codici interpretativi e criteri di applicabilità idonei ad assicurare, nella misura massima possibile, il rispetto della supremazia della legge. Per una cultura giuridica sostanzialista, l'autorità del diritto dipende invece dal fatto che il diritto è strumentale alla realizzazione di determinati principi e obiettivi sostanziali. Sicché il giudice che vi aderisce tenderà, nella versione neo-costituzionalista, ad impiegare tecniche argomentative, codici interpretativi e criteri di applicabilità idonei ad assicurare, nella misura massima possibile, l'ideale della supremazia della costituzione e della più ampia irradiazione di valori e principi costituzionali in tutti i settori dell'ordinamento (come, ad esempio, la defettibilità delle norme di legge ordinaria in contrasto con norme e principi costituzionalmente rilevanti o il bilanciamento fra interessi costituzionali affidato anche al giudice comune).

In particolare, l'adesione ad una cultura giuridica e ad una ideologia delle fonti del diritto penale di stampo formalista o legalista avrà come effetto presumibile quello di annullare la distinzione tra « applicabilità *prima facie* » e « applicabilità conclusiva » delle generalizzazioni presuntive impugnate: i requisiti legali che rendono una disposizione *prima facie* applicabile varranno anche come criteri di applicabilità conclusiva. Per converso, l'adesione ad una cultura giuridica e ad un'ideolo-

(47) Per una perspicua analisi dei tratti differenziali tra i due tipi di culture giuridiche, e per l'influenza che l'adesione all'una o all'altra ideologia delle fonti del diritto esercita sulla scelta dei criteri (e dei meta-criteri) di applicabilità del diritto v. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Dir. & Quest. Pubbl.* 2011, n. 11, 846.

gia delle fonti del diritto penale di stampo sostanzialista (neo-costituzionalista) avrà come effetto presumibile quello di ritenere che ogni disposizione è sempre solo *prima facie* applicabile e che la sua applicabilità *conclusiva* dipende dalla verifica della sua compatibilità con l'insieme dei valori sostanziali (dei principi, diritti, interessi costituzionali) coinvolti (48).

Infine, la scelta se trattare o meno la norma penale censurata come un' "isola generalista" insensibile a correzioni in senso particolaristico da parte del circuito co-decisionale corte costituzionale-giudici comuni dipenderà molto anche dalle diverse concezioni di democrazia dalle quali si prendono le mosse e che si ritiene ispirino il principio di legalità in materia penale (49).

Il tema meriterebbe ben più ampia trattazione. In questa sede possiamo soltanto limitarci a rilevare che, qualora i giudici costituzionali — in nome del superiore valore dell'autonomia politica — si mostrassero ancora propensi a ritenere più consona alle caratteristiche della riserva di legge in materia penale una versione « procedurale » (detta anche « minima » o « formale ») della democrazia, intesa come puro metodo decisionale che vincola il *chi* e il *come* ma non anche il *cosa* decidere, tenderebbero correlativamente a concepire il diritto penale come un sistema tendenzialmente chiuso a successive integrazioni ad opera della Corte, pur quando il decisore democratico abbia accantonato, volutamente o meno, uno dei beni costituzionali messi in crisi dalla fattispecie incriminatrice (50). Il che significherebbe accettare il rischio di una possibile divaricazione tra *legittimità formale* e *giustificazione sostanziale* delle scelte politiche di incriminazione, ossia accettare il c.d. paradosso della democrazia, l'imbarazzante situazione per cui il ricorso alla procedura democratica possa dare luogo ad esiti giudicati come immorali o altrimenti deprecabili (51). Interpretare la democrazia penale in senso (scheletrica-

(48) Sul punto cfr. PINO, *op. cit.*, 851.

(49) Sui diversi modelli di democrazia circolanti nella letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica v. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Bari 2006, 42 ss. Sui rapporti tra le diverse concezioni di democrazia e il diritto penale v. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. Fiorentini* 2007, 1247 ss.

(50) Sulla tendenza a concepire la legalità penale come « legalità legislativa » potrebbe anche influire la preventiva adesione dei giudici costituzionali ad un modello di democrazia di ascendenza « giacobina » diffuso nella tradizione politico-costituzionale dello Stato legislativo di matrice europeo-continentale che attribuisce presuntivamente ai parlamenti la capacità di decidere razionalmente secondo ragioni imparziali: sul punto cfr. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziale*, in *Criminalia* 2011, 79 ss.

(51) Nel senso che « assumere come fondante il valore etico-politico dell'autonomia comporta la dolorosa necessità di accettarne il principale corollario, ossia il rischio che essa venga esercitata in maniera inetta, malvagia o autodistruttiva: perciò, come è stato detto, la democrazia è il regime del rischio, ed è un regime tragico »: così PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari 2003, 129.

mente) procedurale significa insomma riconoscere alla sovranità popolare « il pieno diritto di rovinarsi da sé », in base all'idea per cui « è preferibile che il popolo sia libero di scegliere il peggio, piuttosto che essere costretto a scegliere il meglio » (52).

Alla stessa conclusione di considerare il diritto penale come un sistema tendenzialmente chiuso a successivi interventi additivo-riduttivi basati sul meccanismo della delega di bilanciamento in concreto si finirebbe probabilmente col pervenire se la concezione di democrazia condivisa di volta in volta dai giudici costituzionali in campo penalistico fosse grosso modo riconducibile al modello (per molti versi idealtipico) della c.d. democrazia deliberativa. E cioè se la visione da essi presupposta fosse rappresentata da un ideale regolativo che tende a concepire il metodo democratico in chiave discorsiva, come ragionamento pubblico necessariamente produttivo di verità o consenso: a seconda delle diverse versioni della procedura deliberativa finora proposte, lo scambio pubblico di ragioni tra maggioranza e opposizione, infatti, o si carica di valenze epistemico-veritative rivelatrici di contenuti etico-politici preesistenti, o comunque si propone di conseguire un consenso razionalmente giustificato su scelte incriminatrici volta per volta capaci di esprimere, “per intersezione”, il bene comune (penalistico), sia pure in un quadro conflittuale e pluralista (53).

Quanto una ragione punitiva ispirata alla “forza dell'argomento migliore” possa davvero riuscire a ricongiungere legittimazione formale e giustificazione sostanziale delle scelte di penalizzazione è questione che porterebbe troppo lontano (54). Qui preme soltanto mettere in rilievo che il ricorso in sede di discussione parlamentare a un metodo deliberativo conforme al modello dell'argomentazione pubblica basata su ragioni imparziali, almeno per come è stato teoricamente configurato, dovrebbe consentire di superare l'opposizione latente tra sovranità popolare e principi orientativi di matrice costituzionale e, corrispondentemente, ridurre gli spazi di intervento a disposizione della Corte costituzionale, anche per il *surplus* di legittimazione democratica presuntivamente con-

(52) HARRISON, *Democracy*, trad. it. A cura di A. Bogdanovi, *La democrazia è un bene?*, Genova 1993, 126.

(53) Per una ricostruzione teorica del modello della democrazia deliberativa cfr., nella letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica, MARTI, *La repubblica deliberativa. Una teoria de la democrazia*, Madrid-Barcelona 2006; PINTORE, *Democrazia e deliberazione*, in Id., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa 2010, 49 ss.

(54) Per un bilancio critico complessivo, condotto in un'ottica di respiro teorico-generale v. PINTORE, *I diritti della democrazia*, cit., 43 ss. Sui problematici rapporti tra ragione pubblica e diritto penale, e sulle possibili ragioni di preferenza per un modello di democrazia deliberativa, con specifico riferimento alle questioni eticamente controverse v. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, 1383 ss.

nesso a procedure di decisione collettiva sui “fondamentali costituzionali” a rilevanza penalistica orientate alla ragionevolezza discorsiva.

A minori obiezioni di principio si esporrebbe invece l'intervento manipolativo della Corte sui contenuti della normazione penale se a orientare il decisore costituzionale fosse il diverso paradigma della « democrazia costituzionale ». Se cioè si propendesse, anche nel dominio del diritto penale, per un modello di democrazia che, pur rassegnandosi a riconoscere l'insopprimibile carattere antimaggioritario del sindacato di costituzionalità (soprattutto quando è esercitato nelle forme del giudizio di bilanciamento), concepisce le funzioni dei tribunali costituzionali come ingranaggi necessari di un processo deliberativo di più ampia portata che non si esaurisce in un atto puntiforme di esercizio della sovranità, ma che assume semmai un andamento circolare, di “andata e ritorno”. Un processo deliberativo che ha come scopo ultimo quello di diluire e spostare continuamente in avanti la « decisione di ultima istanza » (55): nel senso che, nell'orizzonte della c.d. democrazia continua (56), la deliberazione democratica produce decisioni sempre provvisorie e revocabili, in un « gioco di coordinazione » che associa legislatore, giudici comuni e corti costituzionali in un « problema di decisioni interdipendenti » (57).

Per concludere sul punto, si può forse osservare che, in realtà, non ci sono norme (da considerare obbligatoriamente come) rigide o flessibili *in sé*. Molto dipende invece dall'*uso concreto* che delle norme (e dei parametri costituzionali di raffronto) i giuristi-interpreti fanno nelle loro prassi argomentative. Da questo punto di vista, il rapporto tra regole (penalistiche) e principi (costituzionali) è suscettibile di atteggiarsi in maniera diversa a seconda del diverso *stile argomentativo* che viene effettivamente adottato. E a seconda dei diversi atteggiamenti degli addetti ai lavori — del diverso uso che i giuristi-interpreti (corti costituzionali e giudici ordinari) fanno del materiale giuridico con cui debbono confrontarsi — si possono distinguere due opposti modelli di argomentazione, l'uno *esclusivo*, e l'altro *inclusivo*: « nell'*argomentazione esclusiva*, le regole

(55) In questi termini cfr. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, a. XIX, n. 3, 2005, 440, secondo cui « il costituzionalismo (moderno e contemporaneo) non ha — non può sensatamente avere — come proprio obiettivo l'eliminazione della decisione sovrana. Ha, piuttosto, l'obiettivo della sua dilazione, del suo differimento, nella maggiore misura possibile (...). Il punto — il senso — del costituzionalismo consiste nel porre sempre nuovi limiti, ostacoli, impedimenti a questa istanza di decisione ultima: nel dilazionare il più possibile, circoscrivendolo, e in tal modo depotenziandolo, il momento dell'esplicazione della sovranità ».

(56) ROUSSEAU, *De la démocratie continue*, in *La démocratie continue*, a cura di D. ROUSSEAU, Paris 1995, 7 ss. secondo cui tale modello abilita il giudice costituzionale a comportarsi come « il costruttore del farsi norma della parola del sovrano ».

(57) Per questa impostazione, ispirata alla teoria dei giochi interpretativi, v. CELANO, *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa non può fare la filosofia al riguardo*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, n. 6, 2006, 86 ss.

sono considerate opache rispetto ai principi » (58); « nell'*argomentazione inclusiva*, al contrario, le regole sono considerate *trasparenti* rispetto ai principi sottostanti, nel senso che nel giudizio sul caso si deve tenere conto anche di questi ultimi » (59).

In questa prospettiva, sembra ci si debba rassegnare al fatto che non esiste (non c'è, né forse potrebbe mai esserci) un meta-criterio *dimostrativo* che indichi con sicurezza quando argomentare con una logica *inclusiva* e quando argomentare con una logica *esclusiva*, quando confermare la chiusura e quando optare per l'apertura della fattispecie denunciata, quando considerarla un parametro rigidamente precostituito dal quale non è consentito scostarsi, e quando fare invece appello in veste di *ratio legis* ai principi costituzionali soggiacenti, per ipotizzare all'interno della fattispecie medesima una lacuna assiologica nei casi in cui si vogliono evitare conseguenze sgradite o reputate come irragionevoli. Sono dunque le corti costituzionali (e, prima ancora, i giudici rimettenti) a scegliere, con l'ampio margine di discrezionalità valutativa concesso dall'insieme dei principi costituzionali (antinomici e incommensurabili) implicati dalla fattispecie in discussione e dalle convenzioni interpretative esistenti, se, come, quando e in che misura trattare la disposizione censurata con tecniche argomentative di tipo inclusivo o esclusivo.

Da quanto detto si può forse trarre anche un'ulteriore conseguenza di portata più generale. E cioè che la creatività giudiziaria, e il connesso grado di certezza del diritto penale, finiscono col non dipendere più soltanto dalla determinatezza semantica della fattispecie. Nel senso che i destini della tassatività si giocano anche sul terreno di una decisiva questione *pragmatica*, relativa all'uso (inclusivo) che l'alleanza collaborativa stretta tra giudici ordinari e Corte costituzionale propone di fare delle

(58) Così LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, in *Dir. & Quest. Pubbl.* 2012, 377, il quale precisa: « Intendiamoci, non è che chi obbedisce alle norme o chi le applica nel giudizio sia completamente cieco, privo di qualsiasi intuizione, riguardo ai possibili scopi dell'emittente. Il punto è però un altro: *che di tali obiettivi non si deve tenere conto nel processo giustificativo* con cui si valutano le fattispecie concrete. È quel che accade in tutte le ipotesi di *trinceramento* o di *formalismo*. Le regole *sostituiscono* in tutto e per tutto i principi sottostanti e diventano, oltre che ragioni per agire (o per omettere di agire), anche *ragioni di secondo ordine* per non prendere in esame ragioni diverse (che in ipotesi potrebbero essere più forti e convincenti). Ci si appella all'*autorità*. Il che consente una grande semplificazione decisionale ».

(59) LUZZATI, *ult. cit.*, 376-8: se si opta per questo modo di argomentare « il richiamo ai principi che si pretende giustificano una data regola ha l'effetto di rendere possibile l'inserimento di premesse normative fino a quel momento *implicite*. Si compie un *passo indietro*, muovendo dalla regola esplicita per arrivare alla finalità di principio al cui ottenimento si ritiene sarebbe tesa la regola. Si constata che nel caso in questione la regola fa cilecca, tradendo il supposto scopo o *ratio*, e si compie un *passo avanti*, producendo un'altra regola — anch'essa specificazione del principio — la quale si dimostri essere un mezzo più adeguato al perseguimento dello scopo non dichiarato ».

regole penalistiche di condotta. In un diritto penale ormai anch'esso fortemente attraversato da una cultura giuridica di stampo neo-costituzionalista, la certezza giuridica può, in molti casi, finire con l'essere una caratteristica solo *eventuale*, legata non più soltanto ai contenuti tassativi delle fattispecie, ma anche alle prassi effettive dei giuristi-interpreti.

5. *La necessaria dipendenza dei giudizi di uguaglianza-ragionevolezza da regole prescrittive di trattamento capaci di individuare differenze rilevanti tra tipi di casi punibili e non punibili e il ruolo centrale svolto dai bilanciamenti ad hoc.* — Sia come sia, un dato preme mettere in evidenza: e cioè che il successo pratico della manovra con cui la Corte, tramite il meccanismo della delega di bilanciamento in concreto alle corti di merito, ha in più occasioni tentato un recupero in sede giudiziaria delle perdite prodotte sul terreno della ragionevolezza da valutazioni presuntive di fonte legale polarizzate su uno solo degli interessi in conflitto dipende, in larga misura, dalla possibilità effettiva di gestire in fase applicativa i rapporti tra generalità e uguaglianza in modo tendenzialmente controllabile.

Nel senso che l'affidamento ai giudici del compito di amministrare attraverso bilanciamenti *ad hoc* il conflitto tra presunzioni assolute e principio di ragionevolezza-uguaglianza — in sostanza, l'impegno a trattare casi diversi in modo diverso — dovrebbe presupporre a monte la preliminare adozione da parte della Corte di un criterio di bilanciamento che sia in grado di funzionare efficacemente come « regola prescrittiva di trattamento », cioè come regola di decisione (o criterio di rilevanza) alla cui stregua sia possibile identificare, sul terreno delle applicazioni giudiziali concrete, differenze fondamentali tra tipi di casi punibili e non punibili (60).

Compito, questo, che non sembra sempre destinato ad una sicura riuscita. Vediamo in breve perché.

Sul più generale terreno della riflessione filosofico-giuridica maturata sul concetto di uguaglianza, costituisce ormai un punto minimo oggetto di consenso unanime fra i teorici del diritto che il tratto tipico dell'uguaglianza etico-politica — proprio quella di cui si fa uso nei giudizi costituzionali di ragionevolezza — consista nella sua dipendenza funzionale da un ineludibile aspetto « prescrittivo-valutativo » (61): affermare o negare che un caso è uguale a un altro significa necessariamente « assu-

(60) Sulla necessaria dipendenza dei giudizi di uguaglianza da una « regola prescrittiva di trattamento » capace di identificare tratti di somiglianza o diversità rilevante tra i casi a raffronto v. WESTEN, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Review*, 95, 1982, 537 ss. In proposito v. anche GIANFORMAGGIO, *Ragionamento giuridico e somiglianza*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICIOTTI e V. VELLUZZI, Torino 2008, 240 ss.

(61) Sui due principali modi d'uso del concetto di uguaglianza, quello « descrittivo » e quello « valutativo-prescrittivo », v. GIANFORMAGGIO, *L'identità, l'ugua-*

mere un punto di vista » (62) in base al quale, da un lato, escluderne l'identità e, dall'altro, negare o affermare la rilevanza delle differenze. Significa adottare preliminarmente una *unità di misura determinata* e concludere che gli enti da comparare (nell'ottica dei giudizi di ragionevolezza, le tipologie casistiche messe a confronto) sono (o non sono) distinguibili *in base alla dimensione presa in considerazione attraverso l'unità di misura adottata* (63). Insomma, in ambito etico-politico e giuridico-costituzionale, ogni giudizio di uguaglianza presuppone la scelta a monte di una regola valutativa di decisione che *instaura o istituisce* una relazione di somiglianza o di diversità rilevante, *prescrivendo* di assumere come decisive certe caratteristiche o proprietà. Ciò spiega come mai, sul versante della teoria del ragionamento giuridico e morale, l'invito a trattare casi uguali in modo uguale e casi diversi in modo diverso sia oggi generalmente considerato un appello sostanzialmente tautologico, se non una « forma vuota, che non presenta in proprio alcun contenuto sostanziale », un'idea tutt'al più dotata di mero potenziale retorico-evocativo (64). Come osserva H.L.A. Hart: « benché l'espressione « tratta casi uguali in modo uguale e casi diversi in modo diverso » sia un elemento centrale nel concetto di giustizia, essa è di per sé incompleta e, finché non viene integrata, non può permettere nessuna guida determinata della condotta (...), finché non venga stabilito quali somiglianze e quali differenze sono rilevanti, l'espressione « tratta casi uguali in modo uguale » deve rimanere una forma vuota » (65).

Il grosso del lavoro si concentra dunque « nei problemi relativi all'individuazione delle differenze rilevanti o irrilevanti e ai criteri che dobbiamo impiegare nel tracciare la distinzione tra queste due categorie » (66).

Ora, quando il giudice costituzionale valuta come irragionevole la fattispecie denunciata e affida alla comunità dei giudici ordinari il compito di gestire in fase applicativa i rapporti tra generalizzazioni presuntive e principio di uguaglianza, solitamente rinuncia ad adottare regole di bilanciamento “a fattispecie chiusa” e “ad applicazione sussuntiva”, non identifica le differenze rilevanti tra tipi di casi punibili e non punibili in base a “regole prescrittive di trattamento” analitiche e autosuffi-

glianza, la somiglianza e il diritto, in L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Torino 1995, 139 ss.; SCHIAVELLO, *Principio di uguaglianza: breve analisi a livello concettuale e filosofico-politico*, in *Ragion Pratica* 2000, n. 14, 65 ss.

(62) TARELLO, *Su « uguaglianza »*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, a cura di S. CASTIGLIONE, Bologna 1989, 351.

(63) WESTEN, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical force of « Equality » in Moral and Legal Discourse*, Princeton 1990.

(64) WESTEN, *The Empty idea of Equality*, cit., 596.

(65) HART, *The concept of Law*, Oxford Clarendon Press, 1994, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino 1991, 187.

(66) SCHAUER, *Di ogni erba un fascio*, cit., 189.

cienti. Bensì si limita, il più delle volte, ad enunciare regole di soluzione del conflitto a metà strada tra « clausole generali » e « concetti disposizionali » (“evitabilità”, “pericolosità concreta”, “interesse superiore del minore”) (67): ovverosia, *standard* generali di bilanciamento concepiti come norme “incompletamente teorizzate” che, cioè, registrano un accordo di massima “sul testo” e, per il resto, rinviano ad implicazioni e applicazioni future. In altri termini, il risultato del bilanciamento « definitorio » o « categoriale » svolto in sede di sindacato di ragionevolezza-uguaglianza sulle presunzioni assolute è, nella assoluta maggioranza dei casi, costituito dalla formulazione di regole di compatibilità tra gli interessi in conflitto con un basso livello di vincolatività *ex ante*, che si sottraggono in larga parte alla razionalità deduttiva propria del sillogismo giudiziale e restano, per lo più, consegnate alla discrezionalità politico-valutativa dell’interprete giudiziario in sede di concretizzazione ermeneutico-applicativa del criterio di rilevanza prescelto. Si tratta insomma di proprietà differenziatrici stipulate al massimo livello di generalità e astrattezza, che rappresentano solo il primo passo preliminare per la successiva applicazione sussuntiva di una regola più precisa che di fatto è creata dal giudice. Una tecnica con cui la Corte risparmia sui dettagli a breve termine per guadagnare in flessibilità futura: e ciò nel faticoso tentativo di riconciliare « le due anime del diritto, le due aspirazioni del giurista: quella sapienziale, che vorrebbe ancorare la decisione giudiziale all’apprezzamento quasi equitativo delle esigenze che emergono nel caso concreto; e quella formalistica, se non legalistica, che aspira alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle decisioni giudiziali adottate sulla base di norme generali e astratte » (68).

Al riguardo si è perciò sostenuto che, al cospetto di tale tecnica, la distinzione teorica tra bilanciamento definitorio (di competenza della Corte costituzionale) e bilanciamento *ad hoc* (di competenza dei giudici di merito) si rivela, in realtà, una distinzione empiricamente mal congegnata, perché smentita dai fatti: l’insidiosa obiezione sollevata contro la tenuta di tale distinzione è che, di fatto, il bilanciamento definitorio che la Corte si incarica di effettuare, riuscendo soltanto a identificare pro-

(67) Per una recente indagine sull’incidenza del fenomeno delle clausole generali sia nella parte generale che nella parte speciale del diritto penale v. CASTRONOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 novembre 2012. Per una prospettiva di teoria generale del diritto VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010. Sui concetti disposizionali, come concetti che esprimono qualità “nascoste” che non si prestano a un’osservazione diretta, v. MYLONOUPOLOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Frankfurt/M 1998, *passim*. Nell’ambito degli studi di filosofia della conoscenza scientifica, sulla resistenza dei concetti disposizionali ad una loro traduzione in termini osservativi v. CARNAP, *Testability and Meaning*, voll. 3 e 4, 1936-37, trad. it. *Controllabilità e significato*, Bologna 1971, 152 ss.

(68) PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion Pratica*, 28, 2007, 220.

prietà differenziatrici destinate a operare, per lo più, come dei meri “Significanti Fluttuanti”, è in grado di assicurare « una guida solo illusoria, perché comunque i criteri di applicazione dovranno essere necessariamente specificati e adattati ai casi concreti, e quindi alla fine sarebbe pur sempre il caso concreto ad avere l’ultima parola » (69). Alla suddetta obiezione si potrebbe sempre replicare ritenendo che la delega a bilanciare caso per caso in base a criteri di massima o clausole generali costituisca una terza tipologia intermedia di bilanciamento che si colloca a metà strada fra bilanciamento definitorio e bilanciamento caso per caso, ricombinandone insieme le rispettive caratteristiche. Ma la verità è che, in realtà, la pretesa autonomia concettuale della « delega di bilanciamento in concreto » rispetto al « bilanciamento caso per caso » resta più che dubbia: se è vero che, almeno di solito, la regola formulata dalla Corte in seguito al bilanciamento non specifica (non “chiude”) le sue condizioni di applicazione, ma è invece fraseggiata in maniera estremamente indeterminata attraverso l’uso di concetti disposizionali ed elementi valutativi, l’intero meccanismo finisce per collassare completamente o quasi completamente sul bilanciamento *ad hoc*, con tutte le prevedibili tensioni conflittuali che il ricorso a una simile tecnica di decisione genera a carico del principio di tassatività. Sicché, a meno di non volersi adagiare su rappresentazioni misericordiose o psicologicamente rassicuranti, è solo il bilanciamento caso per caso affidato alle corti comuni, con tutto il suo elevato tasso di imprevedibilità e tutto il suo carico di discrezionalità politico-valutativa, a occupare il centro della scena.

D’altro canto, la preferenza accordata a criteri di bilanciamento caratterizzati da un così accentuato tasso di genericità può apparire una scelta, almeno in parte, comprensibile. E ciò per due ragioni, una di tipo *lato sensu* “politico”, e l’altra più strettamente legata alla logica di funzionamento interno delle tecniche di bilanciamento e al limite costituito dall’“irraggiungibile varietà del concreto”.

Sotto il primo profilo, a giocare un ruolo decisivo è il seguente rilievo: pensare al bilanciamento come a un affidabile metodo di misurazione *oggettiva* del peso rispettivamente assegnabile ai principi in conflitto, di per sé capace di fornire risultati certi e intersoggettivamente controllabili in base a una presunta “logica algebrica” sottostante (una specie di “aritmetica della ponderazione”) (70), equivale a un *auto da fè*, ed è ormai generalmente considerato poco più che un « mito » o « una

(69) PINO, *ult. cit.*, 267.

(70) L’esempio paradigmatico di una concezione ideologica della ponderazione tra principi disposta a servirsi, per dirla con Mc Cormick, della « bilancia dell’onesto macellaio », è rappresentato da ALEX, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi* 2005, 97.

credenza superstiziosa » (71). Un bilanciamento così concepito, in realtà, semplicemente non esiste, se non altro perché si tratta sempre di determinare l'indeterminato e di commensurare l'incommensurabile, e cioè di confrontare beni costituzionali così eterogenei e incompatibili dal punto di vista etico-sostanziale da essere ricostruibili in molti modi diversi a seconda delle diverse premesse assiologiche di partenza. Ma, se è così che stanno le cose, le decisioni che la Corte adotta all'esito dei *test* di ragionevolezza sono decisioni che « in realtà si impongono per la particolare autorità di cui sono investiti i giudici delle leggi, e non perché esse scaturiscano da una misurazione matematica, o quasi, dell'importanza relativa delle ragioni configgenti » (72).

Di conseguenza, la consapevolezza che a rilevare non è solo la *forza persuasiva della motivazione* ma anche (e forse soprattutto) la *forza autoritativa della decisione*, una volta acquisita all'autocoscienza dei giudici costituzionali, potrebbe più cautamente spingere verso la prudente adozione di regole ponderative "a impatto debole": regole "a basso voltaggio" che, proprio per il loro meno impegnativo e responsabilizzante carattere *flou*, potrebbero, almeno in apparenza, essere percepite come meno pesantemente invasive della discrezionalità politica del legislatore parlamentare rispetto a regole più specifiche, analiticamente precostituite al dettaglio in modo più rigido.

Sotto il secondo profilo, la propensione del giudice costituzionale per la formulazione di regole di collisione generiche, con condizioni di applicazione non enumerabili "in lista chiusa" si può anche spiegare con l'avvertita esigenza di stabilire relazioni di prevalenza tra i principi coinvolti in grado di emanciparsi il più possibile dalla c.d. « variabilità contestuale » dei criteri di bilanciamento, dal peso che sulla loro formulazione esercitano le circostanze irripetibili dei singoli contesti situazionali: si può, cioè, spiegare con l'esigenza di disporre di regole di bilanciamento dotate di proiezione « inter-contestuale » e stabili nel tempo (73).

Il prezzo da pagare è, però, quello di una genericità che è costretta necessariamente ad affidarsi a specificazioni, *trade offs* e bilanciamenti futuri di competenza dei giudici comuni. Una regola generica, infatti, « non implica le sue specificazioni ». Il che significa che « tutte le scelte sono avallate preventivamente (...). *Anything goes*, dunque » (74). Da questo punto di vista, non è forse del tutto superfluo sottolineare che, a

(71) Così LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, cit., 380 ss. Più diffusamente, sull'« ideologia della ponderazione », considerata come una « metafora da archiviare », Id., *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino 2012, 167 ss.

(72) LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, cit., 383.

(73) Per rilievi in parte analoghi, sia pure da una prospettiva di indagine di tipo più spiccatamente teorico-generale, LUZZATI, *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*, 176 ss.

(74) LUZZATI, *Elogio dell'indifferenza. La genericità scarnificata*, cit., 368.

ben vedere, la discrezionalità in tal modo delegata ai giudici del merito non ha propriamente a che fare con la *vaghezza*, ma con la *genericità*: nel senso che l'interprete giudiziario non è qui chiamato a operare una riduzione *semantica* della vaghezza di un termine, attraverso una sua opportuna ri-definizione, bensì compie un'attività di *integrazione valutativa* distinta dall'ordinaria attività interpretativa: un'attività di integrazione valutativa con cui il giudice, *al tempo della sussunzione*, introduce nuove e più esplicite premesse normative nel ragionamento. Con la conseguenza che *solo ora* la fattispecie diventa effettivamente defettibile, cioè concretamente superabile in presenza di particolari e più specifiche circostanze.

Al contrario, una specificazione dei principi in conflitto con cui la Corte scendesse troppo nel dettaglio darebbe luogo a regole instabili, precarie e revocabili che lascerebbe sempre aperta la possibilità di una loro continua revisione alla luce delle ragioni costituzionali retrostanti. L'alternativa, ammesso che la si possa ritenere praticamente plausibile, sarebbe, cioè, quella di inseguire volta per volta, passo dopo passo, l'irraggiungibile obiettivo della "completezza casistica", e "chiudere" *ex ante* l'universo delle proprietà rilevanti attraverso regole di compatibilità fra gli interessi in conflitto con predicati fattuali così "sottili" da coincidere con le diverse tipologie casistiche prospettabili in concreto.

Come si è visto, la Corte si limita, invece, ad adottare criteri di bilanciamento "a grana grossa" (quando non qualcosa di più realisticamente simile a degli anemici "Mediatori Evanescenti") che costituiscono una ridescrizione in chiave universalizzante del caso concreto prospettato dal remittente, affidando poi alla competenza induttiva dei giudici di merito il compito di precisarne le condizioni di applicazione in rapporto a più circoscritte sotto-classi di casi: una parabola ascendente-discendente che va dal « caso individuale » che ha dato origine alla questione di ragionevolezza-uguaglianza, al « caso generico » individuato dal giudice costituzionale e, di nuovo, alle più specifiche sotto-tipologie casistiche elaborate dalla prassi.

Nel "raffinare" in fase applicativa clausole generali di bilanciamento costruite in base a proprietà definitorie ellittiche, imprecise e bisognose di adeguamento dinamico ai casi concreti, il giudice penale è però, a sua volta, costretto a servirsi di generalizzazioni esplicative, la cui persuasività empirico-criminologica, peraltro, risente inevitabilmente del peso non trascurabile esercitato da pregiudiziali valutative di segno diverso. Il paradosso è che, per concretizzare, il giudice di merito è costretto, a sua volta, a generalizzare. In effetti, « giudicare senza generalizzazioni è impossibile, e perfino le valutazioni individuali sono il prodotto di una serie di generalizzazioni di chi le formula » (75): sicché, la

(75) Così SCHAUER, *Di ogni erba un fascio*, cit., 197.

capacità di discriminare in sede di adattamento ai casi individuali delle regole di bilanciamento formulate dalla Corte richiede sempre l'uso, esplicito o implicito, di generalizzazioni compensative da parte delle corti comuni. Un'attività che non può certo dirsi immune da contaminazioni col piano dei giudizi di valore condivisi dall'interprete, su cui cioè un qualche punto di vista etico-sostanziale è fatalmente destinato a interferire.

Che il soggetto chiamato ad applicare criteri di bilanciamento così generici e indeterminati « naviga senza bussola in un mare aperto a molte rotte » (76) è un fenomeno ben esemplificato dalla vicenda relativa alla difforme concretizzazione valutativa da parte della giurisprudenza ordinaria del requisito dell'offensività in concreto delle condotte incriminabili prospettato dalla giurisprudenza costituzionale in tema di detenzione, coltivazione e cessione di sostanze stupefacenti prive di c.d. efficacia drogante (77). Un primo indirizzo interpretativo, nettamente maggioritario, si era consolidato nel senso di ritenere che, qualora la quantità di principio attivo contenuto nella sostanza ceduta fosse presente in misura così esigua da risultare inidoneo a produrre effetti stupefacenti, in base a inferenze statisticamente parametriche su un modello astratto di assuntore medio, la cessione di sostanze "inerti" doveva essere giudicata come concretamente inoffensiva. Per un diverso orientamento ricostruttivo, che si era fatto portavoce dell'esigenza di evitare manovre elusive derivanti dall'artificioso frazionamento delle dosi, l'innocuità della

(76) GENTILI, *Prefazione a VELLUZZI, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., XVII.

(77) Si allude alle già citate sentt. nn. 333 del 1991 e 360 del 1995: per la prima sarebbe « precipuo dovere del giudice di merito » apprezzare se la condotta dell'agente si sia mantenuta entro limiti così « marginali » o « di modesta entità » da risultare « priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta dei beni giuridici tutelati e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante »; la seconda, nel respingere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73 del testo unico sulle sostanze stupefacenti nella parte in cui non eccettua dalla sua cornice tipica le condotte di coltivazione finalizzate al mero consumo personale (c.d. coltivazione domestica), da un lato conferma la ragionevolezza della valutazione legislativa in termini di pericolo presunto, stante la ravvisata assenza di un immediato nesso di implicazione necessaria tra coltivazione e consumo e l'impossibilità di stabilire « *ex ante* con sufficiente grado di certezza la quantità di prodotto ricavabile dal ciclo più o meno ampio della coltivazione in atto » e « il quantitativo di sostanza stupefacente alla fine estraibile dalle piante coltivate ». Dall'altro ribadisce, come di consueto, che ove la singola condotta si riveli « assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico tutelato (come nel caso della coltivazione in atto, e senza previsione di ulteriori sviluppi, di un'unica pianta da cui possa estrarsi il principio attivo in misura talmente esigua da essere insufficiente, ove assunto, a determinare un apprezzabile stato stupefacente) » resta esclusa « la riconducibilità della fattispecie concreta a quella astratta », attesa « la necessità che anche in concreto l'offensività sia ravvisabile almeno in grado minimo ».

condotta non poteva invece essere agganciata al mancato superamento di soglie minime (78).

Sulla questione sono poi intervenute due sentenze delle sezioni unite che, nel precisare le condizioni d'uso di un criterio come quello della pericolosità in concreto, che contiene un rinvio implicito a regole di giudizio inesprese, hanno rispettivamente fatto leva su indicatori di ordine soggettivo o oggettivo. La prima sposta il baricentro della valutazione da un modello astratto di assuntore medio, ricostruito su livelli tossicologici ordinari di risposta alla sostanza, alle caratteristiche individuali del singolo tossicodipendente, sostenendo che « la valutazione da compiere al fine di ritenere intrinsecamente inidonea, in senso assoluto, l'azione dello spacciatore è quella che riguarda la condizione soggettiva dell'assuntore, in relazione al peso corporeo, all'età, alla reattività al prodotto ed al comportamento del medesimo in ordine alle modalità di assunzione »: la tesi dell'inerzia della sostanza stupefacente priva di efficacia drogante (la sua concreta inoffensività nei confronti dei beni salute pubblica, sicurezza pubblica, salvaguardia delle giovani generazioni) sarebbe in contrasto con l'assunto « più volte sottolineato in sede scientifica, che le sostanze in questione agiscono a danno del sistema nervoso centrale e sono idonee ad alterare le funzioni psichiche quando l'assuntore sia un soggetto debole e giovane » (79).

La seconda propone invece di disambiguizzare una clausola sintetica come quella che fa appello al pericolo concreto attraverso il riferimento secco al parametro oggettivo del superamento della c.d. dose media singola (ossia « la quantità di principio attivo per singola assunzione idonea a produrre in un soggetto tollerante e dipendente un effetto stupefacente o psicotropo »), utilizzando cioè un criterio stabilito dalla normativa di riferimento al diverso scopo di fissare il c.d. limite quantitativo massimo di principio attivo contenuto nella sostanza detenuta al fine di inferirne, in via meramente presuntiva, la destinazione ad uso personale (80).

Ed è evidente che sul diverso modo di intendere il requisito del pericolo concreto influiscono, oltre ad esigenze preventivo-repressive e di certezza del diritto, considerazioni morali sostanziali, valutazioni etico-politiche di riprovevolezza. Il che non può certo sorprendere, se si pensa che l'autorizzazione implicita, in questo modo rivolta ai giudici, a utilizzare criteri equitativi di giudizio ispirati alla logica del caso concreto si

(78) Per una ricostruzione del panorama giurisprudenziale v. PESTELLI, *Ancora sui tormentati rapporti tra tipicità e offensività: la problematica non punibilità delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti c.d. prive di efficacia drogante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2011, 637 ss.

(79) Cass., sez. un., 24 giugno 1998, Kreml, in *Cass. pen.* 1998, 3232, con nota di AMATO, *Cessione di dose di sostanza stupefacente priva di efficacia drogante e reato impossibile: intervengono le sezioni unite*.

(80) Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, Di Rocco, in *Riv. pen.* 2008, 4, 398.

traduce, per lo più, in “ereulei” e inutili tentativi di stabilire un ponte diretto col bene tutelato e sperare così di conferire concreto spessore le-sivo a tipologie di condotta che ne risultano prive a livello di tipizzazione astratta.

Mutatis mutandis, non è difficile pronosticare che analoghe oscillazioni valutative aperte a soluzioni argomentative divergenti si produrranno al momento di procedere alla concretizzazione casistica di un criterio altrettanto vago (*rectius*, generico) come quello che fa leva sul superiore interesse del minore, sul terreno dei rapporti tra delitto di alterazione di stato e decadenza dalla potestà genitoriale. Anche qui si ha a che fare con una clausola normativa indeterminata e bisognosa di integrazione, con uno di quei “tranelli del linguaggio” di cui parla Frege, che tocca all’interprete “mettere a nudo” (81). In particolare, sarà compito della giurisprudenza futura stabilire se, entro quali limiti, e in quali particolari costellazioni casistiche accordare prevalenza al *favor minoris* rispetto al *favor veritatis*: se, con riferimento alle situazioni problematiche di più frequente emersione nella prassi giurisprudenziale (come, per esempio, falsa dichiarazione di paternità naturale di figli adulterini o estranei alla coppia, denuncia come prole naturale di figli ottenuti mediante tecniche di fecondazione eterologa, surrogazione di maternità e connessi conflitti tra madre genetica e madre gestante) (82) l’interesse del minore sia subordinato all’affermazione della “verità biologica della procreazione”, fino a coincidervi interamente; o se al contrario, in analogia con gli orientamenti di fondo della giurisprudenza costituzionale sulla disciplina civilistica in tema di azioni di stato (83), sia il c.d. bene verità a trovare nell’interesse concreto del minore il proprio limite, in un quadro di sfondo che mostra la sempre più spiccata tendenza verso la « considerazione della famiglia in termini di comunità di affetti, più che di derivazione biologica e di generazione in senso fisico » (84). Decisione su cui sembra destinata a incidere in misura determinante una valutazione in termini di meritevolezza dell’interesse perseguito (a seconda dei

(81) Sul punto cfr. BONOMI, *Le vie del riferimento. Una ricerca filosofica*, Milano 1975, 21. Sull’interesse prevalente del minore come clausola generale da specificare necessariamente in base ad un apprezzamento in concreto della situazione di fatto v., nella letteratura civilistica, FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. Dir.* 1998, 167 ss. Sulla stessa linea DOGLIOTTI, *Che cosa è l’interesse del minore*, in *Dir. fam. pers.* 1992, 1093 ss.

(82) Su tali costellazioni casistiche v. da ultimo SPENA, *Reati contro la famiglia*, in *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, vol. XIII, Milano 2012.

(83) Per un quadro di sintesi della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti fra verità biologica e interesse del minore, nel quadro delle azioni civilistiche relative allo *status filiationis* v. CAMILLERI, *Interesse del minore e disconoscimento della paternità. Spunti critici per un (ri)allineamento al sistema delle azioni di stato*, in *Famiglia*, fasc. 3, 2001, 619 ss.

(84) RESCIGNO, *Famiglia (« voce » per un’enciclopedia)*, in *Persona e comunità*, III, Padova 1999, 328 ss.

casi, appagamento a tutti i costi del bisogno di genitorialità, aggiramento fraudolento delle procedure di adozione, preoccupazioni relative alla salvaguardia dell'integrità o dell'onorabilità della famiglia), ossia un'approvazione su basi etiche del movente o impulso psicologico che spinge all'azione.

Un ultimo rilievo in chiusura.

È altamente probabile che, per ragioni di coerenza sistematica, il criterio del miglior interesse del minore nel caso concreto venga recepito dalla futura giurisprudenza costituzionale anche con riferimento alle altre fattispecie contenute nel capo dei delitti contro lo stato di famiglia: ne è prova il fatto che, già all'indomani della sentenza con cui i giudici della Consulta hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 569 c.p. in relazione al delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, comma 2 c.p., sia stata prontamente sollevata, negli esatti termini, un'identica questione di costituzionalità con riferimento al delitto di soppressione di stato di cui all'art. 566, comma 2 c.p. (85). Un analogo "effetto domino" sarebbe forse lecito attenderselo nei casi previsti dall'art. 32 c.p., in cui la decadenza o la sospensione della potestà è prevista in funzione ulteriormente "etichettante" al solo scopo di evidenziare simbolicamente la gravità oggettiva del reato commesso, senza alcuna intrinseca connessione empirico-criminologica tra tipo di offesa e responsabilità genitoriali. Restano invece fuori dal virtuale campo di espansione del criterio suddetto le ipotesi in cui alla pena accessoria in questione sono affidate funzioni di prevenzione speciale, in vista del perseguimento di obiettivi di incapacitazione dell'autore o di neutralizzazione delle condizioni che hanno agevolato il comportamento criminale: si allude ai casi in cui la decadenza è prevista come effetto automatico della condanna per i reati di incesto, pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili, riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, tratta di persone, acquisto o alienazione di schiavi, violenza sessuale, atti sessuali con minorenni, corruzione di minori, violenza sessuale di gruppo, impiego di minori nell'accattonaggio. Sono proprio i casi cui allude la sentenza in commento quando afferma che « la violazione del principio di ragionevolezza, che consegue all'automatismo previsto dalla norma censurata, deve essere affermata anche alla luce dei caratteri propri del delitto di cui all'art. 567, secondo comma, c.p. ». Il quale « diversamente da altre ipotesi criminose in danno dei minori, non reca con sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale ».

ALESSANDRO TESAURO

(85) Cass. 7 giugno 2012, n. 23167.