

La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)

Nota a Corte costituzionale, sentenza 23 gennaio 2013, n. 7,
Presidente Quaranta, Relatore Grossi

1 La sentenza che si annota presenta molteplici profili di interesse e di originalità, peraltro apprezzabili da un'angolatura certo non solo penalistica.

Il primo, ovviamente, è l'esito della decisione: una nuova pronuncia di accoglimento (parziale) che sancisce l'illegittimità della pena accessoria consistente nella perdita della potestà genitoriale in relazione – questa volta – al delitto di soppressione di stato (art. 566, secondo comma, c.p.), sostituendo l'automatismo legale con la valutazione giudiziale, la sola che – a parere della Corte – possa garantire, caso per caso, un bilanciamento effettivo e concreto degli interessi in gioco.

Esito in qualche modo prevedibile, alla luce del "precedente" con cui – neppure un anno fa – la Corte aveva inferto un primo colpo alla pena accessoria di cui all'art. 569 c.p., sgritolandone la fissità e ripristinando una corretta gerarchizzazione dei valori in gioco, primo fra tutti il "superiore interesse del fanciullo": nella sentenza n. 31 del 2012, infatti, si era già rilevato come "proprio perché la pronuncia di decadenza va ad incidere sull'interesse del minore (...), non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con l'art. 3 Cost., il disposto della norma censurata che, ignorando il detto interesse, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse"¹.

In quella prima pronuncia, peraltro, si era pure indirettamente smascherata la matrice "veteropubblicistica" ed eticizzante su cui l'automatismo legale è ricalcato, confutando la (fragile) presunzione con cui il codice Rocco aveva tentato di contrabbandarla: "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, cod. pen. (...)", posto che "quest'ultimo, diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in 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".

Nei costrutti argomentativi, del resto, la Corte dimostra sempre più attenzione ai referenti criminologici che giustificano le scelte di politica legislativa (basti pensare alla

1. Sulla pronuncia, si vedano i commenti di M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 380 ss., e di L. FERLA, *Status filiationis ed interesse del minore: tra antichi automatismi sanzionatori e nuove prospettive di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1585 ss.

recente sentenza n. 68 del 2012, che ha decretato l'illegittimità del minimo edittale del sequestro di persona a scopo di estorsione anche in ragione di un contesto criminologico ormai incapace di giustificarne la severità); e ciò vale – a fortiori – quando nel *focus* di giudizio entrano schemi presuntivi o – appunto – automatismi legali, ossia modelli giustificabili solo in ragione di precisi riscontri empirici in grado di coonestare la valutazione *in vitro* del legislatore.

2 Sulla traccia della recente decisione si muove dunque anche la pronuncia in epigrafe, sino ad un traguardo che, pur prevedibile – lo si è accennato – non può ritenersi scontato, specie se si ripercorre l'atteggiamento del giudice costituzionale al cospetto delle cc.dd. pene fisse.

Nonostante la Corte abbia già da tempo, ed a più riprese, denunciato la loro (tendenziale) contrarietà a Costituzione² – specie per la sofferenza inferta ai principi, appunto, di eguaglianza e di proporzione, e dunque alla finalità rieducativa della pena³ –, i tracciati giurisprudenziali in materia, come si sa, sono costellati da frustranti pronunce di (non fondatezza e, soprattutto) inammissibilità, queste ultime determinate dai vincoli processuali che rendono impercorribile una pronuncia di accoglimento quando il *petitum* è “creativo”, o la soluzione richiesta non è “a rime costituzionali obbligate”.

Tale è stato, del resto, l'esito della recente questione sollevata con riferimento alla pena accessoria per il delitto di bancarotta fraudolenta (inabilitazione all'esercizio dell'impresa commerciale e incapacità a esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, entrambe stabilite nella misura fissa di dieci anni, *ex art.* 216, ultimo comma, l. fall.), rigettata appunto rilevando come la soluzione prospettata dal rimettente fosse “solo una tra quelle astrattamente ipotizzabili in caso di accoglimento della questione”, ed ulteriormente puntualizzando che “l'aggiunta normativa richiesta dai giudici *a quibus* non costituisce una soluzione costituzionalmente obbligata, ed eccede i poteri di intervento di questa Corte, implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore”⁴.

Un margine di giustiziabilità piuttosto angusto, insomma, condizionato da *sbarramenti processuali* che, del resto, hanno un preciso referente nei (ben noti) limiti di sindacato della Corte in materia penale: limiti che si ispessiscono quando il discorso cade sulla pena – la cui spiegazione appare ancora fundamentalmente “politica”⁵ – e che finiscono per comprimere ancor più fatalmente gli spazi di intervento sulle diverse incongruenze e asimmetrie sanzionatorie che – ben oltre la sola costellazione delle cc.dd. pene fisse – prospettino profili di contrasto con i canoni di ragionevolezza e proporzione⁶.

2. Per tutte, Corte cost. n. 50 del 1980, secondo la quale “in linea di principio previsioni sanzionatorie rigide non appaiono (...) in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale e il dubbio di legittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato”.

3. Sul punto si rinvia, per tutti, al recente studio di G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, 210 ss.

4. Questione dichiarata appunto inammissibile da Corte cost. n. 134 del 2012, in *Guida dir.*, n. 27/2012, 68 ss.

5. A differenza della teoria del reato, “che presenta una razionalità costruttiva e più indipendente”, la fondazione epistemologica della pena – la sua spiegazione e la sua “giustificazione” – appaiono fundamentalmente *politiche*, certo non solo in Italia, ma nel nostro paese ancor più, perché “viviamo (...) una situazione di crisi fondazionale aggiuntiva, che tocca le specificità nazionali della nostra disciplina per quanto attiene al nesso specifico tra illecito e sanzioni”: in questi termini, di recente, M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, testo della relazione presentata al primo convegno dell'Associazione dei professori di diritto penale, Firenze, 18-19 novembre 2012, in corso di pubblicazione, pp. 4 ss. del dattiloscritto, il quale – più in generale – rimprovera alla Corte una eccessiva cautela nel sindacato di legittimità in campo penale, posto che sono ritenute “insindacabili le scelte parlamentari sull'*an*, nella differenza penale-amministrativa, e insindacabili anche nel *quantum*, salvo assurdità legislative”, e che, dunque, “tutta la dialettica dei principi e delle regole costituzionali si gioca “dentro” a questa insondabile “gabbia politica-concettuale” prefigurata dalla politica”.

6. Emblematica, sul punto, Corte cost. n. 252 del 2012 (sulla quale si veda la ricca nota di E. AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *Dir. pen. cont.*, 8 febbraio 2013), che ha rigettato la questione di legittimità della confisca prevista per le ipotesi di *market abuse* (art. 187-*sexies*, d. lgs. n. 58/1998), motivando l'inammissibilità ancora una volta in ragione del fatto che l'intervento richiesto “assume (...) il carattere di una “novità di sistema”: circostanza che lo colloca al di fuori dell'area del sindacato di legittimità costituzionale, per rimetterlo alle eventuali e future soluzioni di riforma, affidate in via esclusiva alle scelte del legislatore”.

3 E' noto, tuttavia, che gli sbarramenti processuali – nei percorsi della giurisprudenza costituzionale – sono abbastanza duttili, e che le possibilità di una pronuncia manipolativa sono sempre rimesse all'apprezzamento del suo artefice: del resto, anche in materia penale si danno casi di decisioni indubbiamente creative, e persino “manipolative di sistema”, in contesti certo non periferici, come dimostra la celebre pronuncia sull'art. 5 c.p. (Corte cost. n. 364 del 1988, che – ben oltre la tematica dell'*error iuris* – ha rivoluzionato il sistema dell'imputazione soggettiva nel nostro ordinamento)⁷.

La Corte insomma, anche su questo punto, è davvero *iudex in causa propria*, e le oscillazioni dipendono – verosimilmente – da una precisa (ma volubile) concezione del proprio ruolo, delle funzioni attribuite, e dunque dei propri margini di controllo, più o meno “rigoroso” o “deferente” della legge (e del Parlamento).

4 Se nel settore specifico del “Delitti contro lo stato di famiglia” si è dunque superata la tradizionale “resilienza” delle cc.dd. pene fisse all'intervento correttivo del giudice costituzionale, tuttavia, l'improvvisa accelerazione della Corte nell'ultimo anno – e la virata rispetto al proprio precedente orientamento (ordinanza n. 723 del 1988) – sembra potersi spiegare non tanto in ragione di una mutata (auto-)comprensione del proprio ruolo e di un “nuovo interventismo” in punto di ragionevolezza delle sanzioni, quanto alla luce dello spessore e del peso del controinteresse compromesso dall'automatismo legale, appunto il “superiore interesse del fanciullo”: un valore di indubbio rilievo e preminenza costituzionale, la cui progressiva ascesa è confermata – nell'argomentazione dei giudici costituzionali – tanto dall'evoluzione normativa interna quanto, soprattutto, dalla convergenza di diverse e varieguate fonti sovranazionali, cui entrambe le decisioni – sia la sentenza in commento, sia la precedente sentenza n. 31 del 2012 – dedicano un significativo spazio, testimoniando la sempre più accentuata sensibilità del nostro tribunale costituzionale per le dinamiche tipiche della “tutela multilivello”.

In altri termini, l'insofferenza per gli automatismi sanzionatori è direttamente proporzionale al lignaggio del diritto/interesse/valore sacrificato dallo stesso, sino a farsi intollerabile, come la Corte stessa chiarisce con un monito più generale e, per così dire, *simul ante retroque prospiciens*, poiché da un lato spiega la scelta interventista, dall'altro annuncia prossime possibili incursioni: “la nota problematica che affligge i perduranti caratteri di automatismo – e, per il caso qui in esame, anche la fissità che connota l'applicazione della pena accessoria, in perenne tensione rispetto alle esigenze di personalizzazione del trattamento sanzionatorio e della sua necessaria finalizzazione rieducativa – assume, con riferimento al quadro normativo qui coinvolto, una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto, come necessario termine di raffronto (e, dunque, quale limite costituzionale di operatività della sanzione), la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore: esigenze che finirebbero per essere inaccettabilmente compromesse, ove si facesse luogo ad una non necessaria interruzione del rapporto tra il minore ed i propri genitori in virtù di quell'automatismo e di quella fissità: connotati, questi, in varie circostanze stigmatizzati da questa Corte, a quale, anche di recente, non ha mancato di segnalare “l'opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie”.

5 Vi è dunque un indubbio legame – ed una continuità argomentativa – tra le due sentenze che contribuiscono a riportare i (principali) “Delitti contro lo stato di famiglia” ad un clima (più) costituzionale; e, tuttavia, vi è anche un profilo che le distingue nettamente, e che inquadra la più recente decisione in una prospettiva ben più ampia di

7. Sul tema, di recente, M. DONINI, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. Cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in ius17@unibo.it, 2011, 259 ss.

quella squisitamente penalistica: si allude, evidentemente, al fatto che, in quest'ultima pronuncia (la n. 7 del 2013) si riconosce espressamente il contrasto della norma oggetto di censura – e, per quel che più conta, se ne dichiara *ex professo* l'illegittimità – non solo in relazione all'art. 3 Cost., bensì anche – ed *autonomamente* – in relazione all'art. 117, primo comma, Cost., puntualizzando (§ 6) che “la questione risulta fondata anche sul versante della necessaria conformazione del quadro normativo agli impegni internazionali assunti dal nostro Paese sul versante specifico della protezione dei minori”.

Una pronuncia di accoglimento, in altre parole, determinata non solo da (evidenti) profili di irragionevolezza, ma anche dal contrasto con indicazioni – ed obblighi – ricavabili da fonti sovranazionali: obblighi che dunque – sembrerebbe leggersi in filigrana – possono contribuire non solo a campire di significato il paradigma fluido della ragionevolezza (offrendo criteri di bilanciamento tra gli interessi in gioco, come nella decisione n. 31 del 2012), ma altresì determinare autonomamente la “giustiziabilità” della norma interna, appunto in forza della antinomia registrata rispetto alle fonti sovranazionali.

Se ne ricava, insomma, una ulteriore e – ci sembra – originale applicazione della dottrina del “parametro interposto”, che si dimostra così un *driver* costantemente *in progress*, decisamente prolifico e con indubbe capacità *multitasking*: nel caso di specie, in effetti, la violazione viene affermata con riguardo ad una disposizione discendente da una Convenzione ONU (segnatamente, l'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176), ad una disposizione di una Convenzione del Consiglio d'Europa (in particolare, l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77), ma si ritengono “(...) neppure trascurabili le specifiche indicazioni enunciate nelle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una “giustizia a misura di minore”, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei delegati dei ministri, posto che, fra gli altri importanti principi, il documento espressamente afferma che «Gli Stati membri dovrebbero garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano»”.

Una decisione innovativa – a quanto consta⁸ – e così un aggiornamento della cornice costituzionale nello sforzo di gerarchizzare un panorama delle fonti che fatica a ricomporsi in sistema⁹: dove la Corte appare sempre più distante dal ruolo originario che – nella dimensione lineare, geometrica e scalare della piramide kelseniana – la voleva organo deputato a censurare le insubordinazioni gerarchiche di una fonte (inferiore) rispetto all'altra; e sempre più impegnata ad individuare la corretta collocazione, la

8. Nella costante ricerca di “regole di convivenza” con le quali ci si sforza di “gestire” una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema, la Corte costituzionale si è impegnata – è noto – in un'opera di progressiva “agnizione” a sistematizzazione delle fonti sovranazionali, valorizzandole appunto ora come *ausili interpretativi* (ricavandone in capo al giudice – ed anche al giudice costituzionale – un generale obbligo di interpretazione conforme, o *völkerrechtfreundlich*) ora come *parametri interposti di legittimità*, ora come *fonti immediatamente applicabili* (sul punto, volendo, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, ed. Dike, Roma, 2012, 16 ss.).

Se tra le *fonti immediatamente applicabili* si possono annoverare, in linea di principio, le norme del diritto UE (nell'evoluzione giurisprudenziale che ha interessato regolamenti, decisioni interpretative della Corte di giustizia, e direttive “dettagliate” – rispettivamente, sentenze n. 170 del 1984, n. 113 del 1985 e n. 168 del 1991 – fino ai “principi generali” del Trattato – cfr. ad es. la sentenza n. 227 del 2010; tutte fonti di diretta applicabilità anche in materia penale, se gli effetti non sono peggiorativi), nella “categoria” delle *fonti interposte* – sino alla sentenza in commento – sono state annoverate solo le disposizioni della Cedu e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a partire dalle “sentenze gemelle” (nn. 348 e 349 del 2007, sostanzialmente ribadite, nel loro assetto di fondo, dall'altrettanto importante sentenza n. 80 del 2011; per una rilettura dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul punto si veda, ora, D. TEGA, *I diritti in crisi*, Milano, 2012, 69 ss., 83 ss.) e più di recente le norme comunitarie prive di effetti diretti (a partire dalla sentenza n. 28 del 2010, concernente una direttiva, sino alla n. 227 del 2010, relativa ad una decisione quadro), ma non – a quanto ci risulta – altre fonti sovranazionali pattizie (analoghe a quelle richiamate nella pronuncia in commento), la cui interposizione per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., non ci pare abbia sinora fomentato decisioni di accoglimento.

9. Nel contesto di una letteratura ormai sterminata, ci si limita a segnalare due recenti saggi: G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI-2011, 19 ss., e A. RUGGERI, *Sistema di fonti e sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*, in www.giurcost.org/studi.

vincolatività e la “giustiziabilità” delle diverse fonti ricavabili dal *network multilevel*.

Il tempo dirà se questa nuova “irritazione normogerarchica” troverà seguito e, soprattutto, come prenderà corpo nel telaio costituzionale l'*entrenchment* di fonti tipologicamente così diverse ed eterogenee.

Dirà, in particolare, se dietro la scelta si cela un intento di ulteriore apertura o, viceversa, di implicito contenimento delle fonti nelle maglie dei “controlimiti allargati” sottesi al paradigma dell'art. 117, primo comma, Cost. (un po' come Tancredi – il nipote del principe di Salina – che alla notizia dello sbarco decise di unirsi alle armate liberatrici non per spirito di rinnovamento, ma per imbrigliarne la carica rivoluzionaria). Ovvero se siamo di fronte ad un ennesimo movimento tellurico che – al di là della connotazione formale-astratta – va segnando il passaggio da un “sistema di fonti” ad un “sistema di norme”, declinato su un (opposto) paradigma assiologico-sostanziale, ed interessato dunque ai *valori* ben più che alle (mutevoli) *forme* capaci di assicurare, volta a volta, la tutela più intensa; passaggio che proprio sul campo dei diritti fondamentali (non solo dei minori) sembra registrare, del resto, le sue tracce più vistose¹⁰.

10. E' la tesi, tra le voci più autorevoli, di A. RUGGERI, *Sistema di fonti e sistema di norme?*, cit., ed in molti altri scritti