

QUESTIONI APERTE

Particolare tenuità del fatto

La decisione

Causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto – condizioni di esclusione - (art. 131-*bis*, co. 2, c.p.).

Vanno respinte le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 131-bis, comma 2, c.p., nella parte in cui stabilisce che l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, agli effetti dell'applicazione della causa di non punibilità prevista dal primo comma del medesimo art. 131-bis, nei casi di cui all'art. 337 c.p., quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni. La scelta legislativa di escludere dal campo di applicazione dell'esimente di tenuità il reato di resistenza a pubblico ufficiale non è manifestamente irragionevole, corrispondendo all'individuazione discrezionale di un bene giuridico complesso, ritenuto meritevole di speciale protezione.

CORTE COSTITUZIONALE, 5 marzo 2021 (ud. 10 febbraio 2021), n. 30 - CORRAGGIO, *Presidente* - PETITTI, *Relatore*.

I (persistenti) dubbi di ragionevolezza in ordine al co. 2 dell'art. 131-*bis* c.p. Un breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 2021

Lo scritto sviluppa un'analisi della recente sentenza della Corte costituzionale, che è intervenuta sul comma 2 dell'art. 131-*bis* c.p., modificato dal "decreto sicurezza *bis*". La Corte ha dichiarato in parte inammissibili ed in parte infondate le questioni di legittimità sollevate dai giudici *a quibus*. Il tutto attraverso un *iter* motivazionale che desta, tuttavia, alcune perplessità, tanto nel prisma dell'art. 77 Cost., quanto del principio di ragionevolezza. A tal ultimo proposito, nella nota si evidenzierà che la statuizione della Consulta muove da un presupposto palesemente erroneo sotto il profilo penalistico, che verosimilmente potrebbe alimentare, dunque, nuove ordinanze di remissione, volte ad un *revirement*.

The (persistent) doubts of reasonableness on the paragraph 2 of art. 131-bis of the Criminal Code. A brief comment on the sentence of the Constitutional Court n. 30/2021

*The paper develops an analysis of the recent sentence of the Constitutional Court, which intervened on paragraph 2 of art. 131-bis of the Criminal Code, amended by the "decreto sicurezza bis". The Court declared the questions of legitimacy, raised by the judges *a quibus*, partly inadmissible and partly unfounded. The motivational process arouses, however, some perplexities, both in the prism of art. 77 of the Constitution, as well as respect of the principle of reasonableness. In this last regard, the note will highlight that the ruling of the Council moves from an erroneous assumption from the criminal point of view, which could therefore probably lead to new remittance orders, aimed at a *revirement*.*

SOMMARIO: 1. Premesse. - 2. La posizione assunta dalla Corte rispetto alle questioni di legittimità e le motivazioni della declaratoria di infondatezza. - 3. Cenni alla "funzione" dell'art. 131-*bis* c.p. - 4. Un breve commento alla pronuncia. - 5. Conclusioni.

1. *Premesse.* Con la sentenza n. 30 del 10 febbraio 2021¹ la Corte costituzionale ha affrontato alcune questioni di legittimità sollevate in ordine all'art. 131-*bis* c.p.²; più precisamente, la decisione ha preso le mosse dalle ordinanze di remissione del Tribunale di Torino e di Torre Annunziata³, che avevano premesso di dover valutare la posizione di alcuni imputati chiamati a rispondere del reato previsto dall'art. 337 c.p. (in tema di resistenza a pubblico ufficiale).

Le condotte oggetto dei due distinti procedimenti, pienamente suscumbibili – ad avviso dei giudici remittenti – nella fattispecie incriminatrice astratta dianzi richiamata, tanto sotto il profilo oggettivo, quanto soggettivo, si sarebbero caratterizzate per un'offensività apprezzabile, ma di particolare tenuità, ricorrendo tutti i presupposti ai fini dell'operatività dell'istituto disciplinato dal già citato art. 131-*bis* c.p. (pena edittale inferiore a cinque anni di reclusione; esiguità del danno; carenza dei requisiti ostativi del motivo abietto o futile e della crudeltà; non abitudine del comportamento; etc.).

Talchè all'esclusione della punibilità dei fatti ai sensi della richiamata disposizione si sarebbe frapposta unicamente la previsione del comma 2 che stabilisce, nel testo vigente, che «l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede... nei casi di cui agli artt. 336, 337, 341-*bis*, quando il reato è commesso nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell'esercizio delle proprie funzioni».

Lo “sbarramento” in disamina, dunque, nel determinare la rilevanza della relativa questione di costituzionalità, per il Tribunale di Torino si sarebbe posto in contrasto con i principi di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.), oltre che con quello di proporzionalità, sancito dall'art. 27 Cost. e dall'art. 49 della Carta di Nizza (in riferimento all'art. 117 Cost.). Ciò in quanto la preclusione applicativa, con riferimento alle fattispecie di reato disciplinata dall'art. 337 c.p., si sarebbe rilevata priva di un addentellato sul piano dell'offensività del fatto e sganciata dagli altri parametri generali indicati dal legislatore nel

¹ Depositata il 5 marzo 2021.

² Tale disposizione è stata inserita nel codice per effetto dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Il comma 2 è stato successivamente modificato dall'art. 16, comma 1, lett. b), d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, l. 8 agosto 2019, n. 77; da ultimo, nelle more del procedimento davanti alla Consulta, dall'art. 7, comma 1, d.l. 21 ottobre 2020, n. 130, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 173.

³ Pubblicate *ab extenso*, tra l'altro, la prima sul sito www.giurisprudenzapenale.com, la seconda sul sito www.questionegiustizia.it.

comma 1 dell'art. 131-*bis* c.p., essendo invece legata esclusivamente al titolo di reato. Il che – si legge nell'ordinanza – posto lo scarso allarme sociale di alcune condotte sussumibili nella fattispecie astratta (dimostrata dalla pena minima editale) avrebbe determinato nella prassi – ad avviso del giudice piemontese – soluzioni inaccettabili, rappresentate, per l'appunto, dall'irrogazione di una sanzione penale pur in presenza di fatti di trascurabile allarme.

A fronte dell'univocità del testo normativo, non essendo attuabile una lettura costituzionalmente orientata della disposizione di riferimento, questa si sarebbe pertanto prestata a censura nel prisma dei principi costituzionali sopra richiamati; ad avviso del giudice remittente, in particolare, sarebbe risultata irragionevole la scelta operata dal legislatore di escludere il delitto di resistenza dall'alveo di applicabilità della causa di non punibilità allorquando quest'ultima può configurarsi in relazione ad altri delitti, quali ad esempio l'abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), non potendosi, peraltro, rintracciare dall'esame dei lavori preparatori del “decreto sicurezza *bis*” (d.l. n. 59/2019 cit.) e della legge di conversione una concreta giustificazione all'opzione di politica criminale attuata dal Parlamento, rivelandosi essa, in conclusione, il prodotto di una anacronistica e inammissibile «visione sacrale dei rapporti tra cittadino e autorità».

Muovendo dall'architettura dell'art. 131-*bis* c.p. (costituita dalla “triade” pena detentiva inferiore a cinque anni; particolare tenuità dell'offesa; comportamento non abituale), anche il Tribunale di Torre Annunziata aveva rilevato l'irragionevolezza della clausola di esclusione relativa all'art. 337 c.p. e alla resistenza opposta al soggetto qualificato; talché, pur rimarcando la tendenziale discrezionalità delle scelte di incriminazione (o di esclusione della punibilità) operate dal legislatore, riaffermata a più riprese dalla Consulta, il giudice campano aveva sottolineato che, proprio alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, la norma indubbiata avrebbe potuto essere sindacata in quanto tracimante nella manifesta irragionevolezza, essendo essa foriera, in sostanza, di un “automatismo sanzionatorio”.

Il tutto essendo stato osservato che «quanto all'irragionevolezza intrinseca, non sembra esservi innanzitutto alcuna *ratio* giustificatrice del regime eccezionale previsto per l'art. 337 c.p., giacché la presunzione di non particolare tenuità dell'offesa non è stata ancorata a specifiche peculiarità del fatto storico, ma esclusivamente al titolo di reato, che viene dunque escluso in blocco dall'ambito di operatività della non particolare tenuità del fatto, a prescindere dalle sue concrete modalità di manifestazione. In altri termini, la presunzione

in questione non è legata ad alcun elemento del fatto come concretamente accertato in giudizio e dunque comprende anche fatti caratterizzati da offese modestissime al bene giuridico, poste in essere in situazioni concrete affatto allarmanti».

Per altri versi, il Tribunale torrese aveva sollevato dubbi anche in ordine alla legittimità costituzionale della legge introduttiva della clausola di esclusione sopra indicata, alla luce dell'art. 77 comma 2 Cost. Ciò in quanto detta clausola, inserita per l'appunto in sede di conversione del d.l. n. 53/2019, si sarebbe appalesata del tutto disallineata rispetto al contenuto e alle finalità dell'atto normativo "presupposto".

Richiamando dunque la copiosa giurisprudenza della Consulta intervenuta in materia, il Tribunale aveva stigmatizzato il difetto di omogeneità e coerenza tra il decreto-legge e la già citata l. n. 77/2019, rilevando che l'aggiunta della clausola limitativa per il delitto di cui all'art. 337 c.p. «risulta manifestamente estranea, sia dal punto di vista oggettivo e materiale, sia dal punto di vista funzionale e finalistico, al contenuto originario del provvedimento».

Del resto, aveva soggiunto in subordine il giudice remittente, sarebbero altresì difettati *in parte de qua* i requisiti di necessità ed urgenza che costituiscono il fondamento logico-giuridico del decreto-legge; talché era stato sollecitato un intervento demolitorio da parte della Consulta sul testo della disposizione indubbiata.

La Corte, allora, riuniti i giudizi, rimarcata l'irrilevanza della modifica dell'art. 131-*bis* c.p. operata nelle more dal Parlamento con il d.l. n. 130/2020 (conv. l. n. 173/2020), dopo aver ripercorso i rilievi sviluppati nelle ordinanze di rimessione, ha però dichiarato inammissibile la questione relativa alla violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, declinando per infondatezza quelle sviluppate nella prospettiva degli artt. 3, 25 comma 2 (in riferimento al principio di offensività), 27 comma 3 Cost. (in relazione alla proporzionalità e alla funzione rieducativa della pena), nonché quella formulata dal Tribunale oplontino nel prisma dell'art. 77 Cost.

2. La posizione assunta dalla Corte rispetto alle questioni di legittimità e le motivazioni della declaratoria di infondatezza.

2.1. La Consulta, come accennato, ha statuito innanzitutto l'inammissibilità della questione di legittimità della clausola di esclusione dell'operatività dell'art. 131-*bis* c.p. nella prospettiva dell'art. 117 Cost., rilevando, con una

rapida motivazione, che la Carta di Nizza può essere invocata quale parametro di legittimità costituzionale soltanto rispetto alle leggi che costituiscono attuazione del diritto europeo.

Si tratta di un principio ormai, per il vero, consolidato nella giurisprudenza del Giudice delle leggi⁴, che è stato espresso, tra l'altro, in materia penale, anche con la recente sentenza Corte cost., 31 luglio 2020, n. 190, relativa al delitto di rapina impropria (art. 628 comma 2 c.p.), con la quale si è statuito che: «nella stessa CDFUE è espressamente stabilito, all'art. 51, che le disposizioni della Carta medesima si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. La giurisprudenza di questa Corte ha da tempo chiarito, in coerenza con un costante orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, che le norme sovranazionali in questione possono essere invocate nel giudizio di legittimità costituzionale solo a condizione che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto».

2.2. In ordine alla questione sollevata dal Tribunale di Torre Annunziata, che aveva denunciato la violazione dell'art. 77 Cost. da parte del legislatore, in sede di conversione, e del Governo, in occasione dell'emanazione del decreto-legge, la Corte costituzionale, invece, sul primo aspetto, richiamando la propria giurisprudenza sul tema, ha rilevato – in generale – che la suddetta violazione si materializzerebbe soltanto nei casi di totale e radicale disomogeneità tra il contenuto del decreto-legge e quello della legge di conversione. Il che si verificherebbe – ha proseguito la medesima Corte – quando la nuova disposizione, in sede di conversione, risulti totalmente “estranea”, “intrusa”, e cioè allorquando essa non si leghi attraverso alcun nesso all'atto normativo prodromico.

In questa prospettiva, dunque, occorrerebbe verificare la connessione “oggettiva”, o il “profilo teleologico”, in termini di finalità perseguite dal Governo in sede di decretazione d'urgenza, individuandone la *ratio*, per poi compararla con quella che sottende al *novum* introdotto dal Parlamento in sede di conversione.

Sulla base di tali premesse, dunque, la Consulta ha rilevato che nel caso di specie non si sarebbe potuta riscontrare alcuna violazione dell'art. 77 Cost.,

⁴ Sul tema vd. ZAGREBELSKY V., *Ambito applicativo dei diritti fondamentali UE. Gli stati membri nell'attuazione del diritto all'Unione*, in Zagrebelsky-Chenal-Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 70 ss.

atteso che il decreto-legge si sarebbe ispirato alla generale necessità di prevenzione dei rischi per l'ordine e l'incolumità pubblica. Sicché «in quanto finalizzata ad assicurare una maggiore tutela ai pubblici ufficiali quali tramite necessario dell'agire della pubblica amministrazione, l'addizione operata dalla legge di conversione, che ha escluso l'applicazione dell'esimente di tenuità nell'ipotesi di resistenza a pubblico ufficiale, non può dirsi estranea, né tanto meno "intrusa", rispetto alla materia della pubblica sicurezza, di cui variamente si occupa il d.l. n. 53/2019».

Per il resto, e cioè in ordine alla censura relativa al difetto dei requisiti di straordinarietà in sede di adozione del decreto-legge, la Corte non ha sviluppato alcun rilievo motivazionale (*infra*).

2.3. Quanto alle ulteriori questioni, pure declinate per infondatezza, la Corte, ripercorrendo le modifiche introdotte dal legislatore all'impianto originario dell'art. 131-*bis* c.p., ha rimarcato che le cause di non punibilità, importando una deroga a norme generali, si rivelano il frutto di un bilanciamento che è generalmente rimesso alla discrezionalità del legislatore, tanto da risultare sindacabili dalla Consulta solo in casi estremi, *id est* di irragionevolezza manifesta.

Alla luce di tale premessa, esclusa anche la possibilità di ritenere che la clausola di esclusione possa valutarsi come un "automatismo sanzionatorio" (in termini di presunzione *iuris et de iure* di responsabilità penale) la Corte ha affermato che l'opzione legislativa, attraverso la suddetta clausola, non avrebbe affatto presentato il carattere dell'arbitrarietà, «poiché viceversa corrisponde all'individuazione discrezionale di un bene giuridico complesso, ritenuto meritevole di speciale protezione»; in altri termini, si sarebbe al cospetto di una fattispecie "plurioffensiva", presentando l'art. 337 c.p. un'oggettività multipla, costituita dal buon andamento della P.A. e dalla sfera di libertà del soggetto che agisce per *munus* pubblico⁵.

Sicché, «in presenza di un fatto-reato intrinsecamente offensivo di un bene

⁵ Dubbi su questa impostazione sono stati sviluppati in dottrina da CIRILLO, *I delitti di violenza pubblica*, in Catenacci (a cura di), *Reati contro la Pubblica Amministrazione e contro l'Amministrazione della giustizia*, in Trattato teorico-pratico di diritto penale diretto da Palazzo e Paliero, vol. V, Torino, 2016, 182. Aderisce all'impostazione indicata dalla Consulta, invece, ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Commentario sistematico*, Milano, 2015, 28. Altri, invece, escludendo la plurioffensività, sostengono che la sfera del soggetto qualificato rappresenti un interesse "secondario" (BONDI, *I delitti di violenza, minaccia e resistenza a un agente pubblico*, in Bondi-Di Martino-Fomasari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Torino, 2008, 329).

giuridico di tale complessità, l'opzione legislativa di escludere la valutazione giudiziale di particolare tenuità dell'offesa – oltre che non manifestamente irragionevole – non è neppure contrastante con i principi di proporzionalità e finalismo rieducativo della pena», residuando, comunque, in capo al giudice il potere-dovere di commisurare la pena da infliggersi in concreto attraverso i criteri dettati dall'art. 133 c.p.

In chiusura, inoltre, la Corte ha rilevato l'impossibilità di fruire dei parametri indicati dai giudici remittenti, e quindi di eleggere altre figure incriminatrici a *tertium comparationis* nella prospettiva dello scrutinio di legittimità conducibile sulla base dell'art. 3 Cost. «poiché queste fattispecie, per quanto incidano anch'esse sul regola funzionamento della pubblica amministrazione, non vedono tuttavia direttamente coinvolta la sicurezza e la libertà della persona fisica esercente la funzione pubblica, intesa quale soggetto passivo del reato» (*infra*).

2.4. Segue un passaggio, per il vero perlomeno oscuro, ove la Consulta, riferendosi alla fattispecie di lesioni aggravate dalla qualifica soggettiva della persona offesa (artt. 582, 585 in riferimento all'art. 576, comma 1, n. 5-*bis* c.p.), quale potenziale punto di riferimento comparativo, ha rilevato che la condotta «causativa delle lesioni teleologicamente collegata a una resistenza nei confronti del pubblico ufficiale, quindi diretta ad intralciare il regolare funzionamento della pubblica amministrazione, ricade senz'altro nell'esclusione dell'esimente di tenuità prevista per il titolo di reato di cui all'art. 337 c.p.» (*infra*).

3. Cenni alla “funzione” dell'art. 131-bis c.p.

3.1. La sentenza in commento involge il tema della “funzione” dell'art. 131-*bis* c.p. all'interno del sistema penale, che si ispira soprattutto all'idea del diritto penale come *extrema ratio*, e che rappresenta estrinsecazione dei principi di offensività e proporzionalità, alimentando il fenomeno della “frammentarietà applicativa”⁶.

Sotto il primo profilo, come ben risaputo, il principio di offensività costituisce oramai pacificamente un parametro cardine, di rilievo costituzionale, implicitamente ricavabile dall'art. 25 comma 2 c.p., che richiama per l'appunto “il fatto”, da intendersi come l'insieme della condotta e del suo effetto, in termi-

⁶ Per prendere in prestito una felice espressione di Filippo Sgubbi (in SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, 49).

ni di lesione (o messa in pericolo) del bene giuridico tutelato⁷.

Talchè emerge subito il contenuto “relazionale” del suddetto principio, in quanto esso non è neppure concepibile, “in astratto” (e quindi rispetto alla scelta incriminatrice operata dal legislatore, che deve estrinsecarsi nella sanzione di comportamenti antisociali che possano ledere o mettere in pericolo valori meritevoli di tutela) e “in concreto” (e cioè in termini di effettiva provocazione da parte del reo di una lesione o di un pericolo all’integrità di suddetti valori), senza operare, per l’appunto, un riferimento al bene giuridico⁸.

Ecco, però, che si appalesa anche la prima difficoltà per l’interprete, che si estrinseca nell’individuazione del bene giuridico effettivamente tutelato dalla norma penale, atteso che – anche sotto la spinta delle più varie forme di interpretazione avallate dalla stessa Consulta (estensiva, evolutiva, sistematica, costituzionalmente e convenzionalmente orientata) – tanto la collocazione delle disposizioni incriminatrici in un particolare ambito, quanto i lavori preparatori si rivelano, in tale prospettiva, elementi tutt’altro che dirimenti⁹.

Se poi *da un lato* è proprio l’introduzione da parte del legislatore dell’art. 131-*bis* c.p. (*infra*) a contribuire alla dimostrazione della primazia del suddetto principio all’interno dell’ordinamento, *dall’altro* si deve rimarcare il persistente *self restraint* da parte della Corte costituzionale rispetto allo scrutinio di legittimità delle norme incriminatrici¹⁰ (o più in genere rientranti nel sistema penale, tra le quali, per l’appunto, le esimenti, o “cause di non punibilità”). Tale atteggiamento, sostanzialmente avallando un approccio “metodologico” al profilo assiologico, ha reso così l’offensività tendenzialmente congiunta, in modo indissolubile, al profilo della proporzionalità della sanzione, che a sua volta rappresenta un parametro privo di autonomia, poiché legato a doppio filo a (se non dipendente da) quello di ragionevolezza e al meccanismo del *tertium comparationis*¹¹.

⁷ Su questo tema, nella sconfinata letteratura, vd., per le monografie, MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005; FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consultivo critico*, Torino, 2017. Per i saggi, FORNASARI, *Offensività: beni e tecniche di tutela*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, 1504 ss; vd. inoltre FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali del diritto penale*, Torino, 2018, 205 ss, e ID., voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVIII, 789 ss; per ulteriori riferimenti, sia tollerato il rinvio a DE LIA, “Ossi di seppia”? *Appunti sul principio di offensività*, 11 luglio 2019, in www.archiviopenale.it.

⁸ Vd. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2013, 28 ss.

⁹ Su questi temi vd. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo di legge*, Milano, 2006 e, più di recente, GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa, 2019, 101 ss.

¹⁰ Vd. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, 20 marzo 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

¹¹ Sul principio di ragionevolezza vd. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001. Sul ruolo di suddetto principio nella dinamica dello scrutinio della legge penale da parte della Consulta vd.

La Consulta, tirando le somme, ha accolto un'accezione "debole" del principio di offensività. Pur non potendosi ripercorrere in questa sede tutte le "tappe" che hanno segnato il percorso, si può allora rammentare che la Corte, dopo aver affermato con la sentenza Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364 che la norma penale, per essere legittima, dovrebbe compendiare dei valori "riconoscibili" e "riconosciuti" dalla collettività, e, quindi, universalmente ritenuti come meritevoli di tutela, con la successiva sentenza Corte cost., 10 luglio 1991, n. 333 – invece – ha riconosciuto (attraverso un vero e proprio *revirement*) un'ampia discrezionalità del legislatore in ordine alle scelte di politica criminale, e alla selezione dei beni meritevoli di tutela, individuandosi come unico (insufficiente, perché assai poco agevolmente definibile) argine all'arbitrio punitivo la "manifesta irragionevolezza" delle opzioni legislative attuate¹².

Si è giunti così, di recente, alla sentenza Corte cost., 6 marzo 2019, n. 141 sul tema delle figure di favoreggiamento e reclutamento della prostituzione di cui alla c.d. "legge Merlin" (l. 20 febbraio 1958, n. 75), oggetto di plurimi commenti dottrinali¹³, che nel declinare le questioni di legittimità costituzionale sollevate rilevando la (persistente) ragionevolezza delle norme indubbiamente sotto il profilo della offensività astratta – rispetto però all'invero impalpabile bene della dignità dell'individuo intesa in senso "oggettivo" – ha conferito ampia "delega" alla magistratura in ordine alla valutazione dell'offensività "in concreto", da condursi caso per caso.

Tutto ciò dimostra, in sostanza: i) l'opacità, la scarsa capacità selettiva del riferimento al bene giuridico¹⁴; ii) la circostanza che lo scrutinio di legittimità co-

INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2006, 312 ss. Volendo, vd. anche DE LIA, *Il principio di uguaglianza ed il diritto penale sostanziale: una sintetica analisi del rapporto*, 6 dicembre 2017, in www.federalismi.it.

¹² Su questo tema vd. anche PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 ss.

¹³ Vd. BIN R., *La libertà sessuale e prostituzione*, 26 novembre 2019, in www.forumcostituzionale.it; CADOPPI, *La Consulta salva il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione: verso una legittimazione del moralismo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1653 ss; MASSARO, *Reclutamento e favoreggiamento della prostituzione tra libertà di iniziativa economica, dignità in senso oggettivo e offensività in concreto*, in *Giur. Cost.*, 2019, 1617 ss. Vd. inoltre MAUGERI, *Diritto penale del nemico e reati sessualmente connotati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 908 ss.

¹⁴ Su questo tema vd. anche PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss: «si registra così – ma lo si poteva agevolmente pronosticare – una torsione tendenziale delle regole interne, da leggersi come effetto collaterale di una silente ma progressiva metamorfosi dei principi. Pensiamo, ad esempio, all'evoluzione del principio di offensività indotta dalla "smaterializzazione" del *Tatbestand* e del suo disvalore a causa della crescente artificialità della disciplina penale che sempre più spesso lo forgia con stilemi tecnocratici».

stituzionale in materia penale è, perlomeno in larga parte, fermo “al palo” della ragionevolezza, che costituisce una sorta di “veicolo” per quello di offensività e di proporzionalità¹⁵. Il che, a ben considerare, se da un lato dovrebbe impedire eccessive incursioni da parte della Consulta nella discrezionalità delle scelte legislative, dall’altro rischia di generare pericolose “zone franche”; iii) il crescente potere della magistratura ordinaria¹⁶, che attraverso il filtro dell’offensività, nel contesto di un sistema assai lontano dall’idea dell’*extrema ratio* e da uno stretto ancoraggio a beni giuridici di primario rilievo¹⁷, ha assunto la veste di arbitro non solo del *quantum* ma anche dell’*an* della sanzione caratteristica¹⁸.

Emblematica, in questo senso, si rivela la questione della coltivazione di sostanze stupefacenti, di cui all’art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309: con la sentenza Corte cost., 20 maggio 2016, n. 109, con la quale la Consulta ha ribadito la non manifesta irragionevolezza della disposizione di riferimento, facendo leva sulla pericolosità astratta per la salute pubblica di simili condotte, secondo l’*id quod plerumque accidit*, è stato demandato al giudice ordinario il compito di evitare soluzioni aberranti (specie in considerazione dell’irrelevanza penale di condotte di detenzione finalizzate al solo uso personale) attraverso la “lente” dell’offensività in concreto.

Sicché, a seguito di orientamenti particolarmente ondivaghi, si è reso necessario l’intervento delle Sezioni unite della Cassazione che, con un recente arresto, hanno statuito che «non integra il reato di coltivazione di stupefacenti, per mancanza di tipicità, una condotta di coltivazione che, in assenza di significativi indici di un inserimento nel mercato illegale, denoti un nesso di immediatezza oggettiva con la destinazione esclusiva all’uso personale, in quanto svolta in forma domestica, utilizzando tecniche rudimentali e uno scarso numero di piante, da cui ricavare un modestissimo quantitativo di prodotto» (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2019, n. 12348, rv. 278624)¹⁹.

Per inciso: proprio la disciplina penale degli stupefacenti rappresenta uno dei

¹⁵ Su questo tema vd. anche DOLSO, *Principio di eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, 3 novembre 2015, in www.giurcost.it.

¹⁶ Sul quale vd. anche MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, *passim*.

¹⁷ Sulla crisi del principio, e la proliferazione della normativa “complementare” vd. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2019.

¹⁸ Non a caso Francesco Palazzo ha rilevato che «il principio di offensività del reato, che opera sui due piani (e anzi, specie su quello applicativo)» (PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2020, 1248 ss).

¹⁹ La sentenza è stata commentata da COLOMBO, *L’innoffensività della coltivazione domestica di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2021, 657 ss. In giurisprudenza vd., più di recente, Cass., Sez. VI, 12 gennaio 2021, n. 5626.

pochi esempi nei quali la Consulta è giunta a valorizzare il principio di offensività, ad uno con quello di proporzionalità, senza arroccarsi sulla individuazione da parte del giudice remittente di un valido, reale *tertium comparationis*²⁰. Il riferimento è a Corte cost., 23 gennaio 2019, n. 40, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo (per violazione degli artt. 3 e 27 Cost.) l'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309/1990, nella parte in cui in cui esso prevedeva la pena minima edittale in otto anni di reclusione anziché in sei. Il tutto attraverso un sindacato (di fatto) "intrinseco" di ragionevolezza²¹.

3.2. Con la l. n. 28/2015 il legislatore ha introdotto l'art. 131-*bis* c.p.²², che regola una causa di non punibilità dipendente, per l'appunto, dalla scarsa offensività del fatto di reato, al cospetto, dunque, di una condotta altrimenti tipica, e cioè pienamente conforme alla fattispecie astratta²³.

Il nuovo istituto, che presenta forti analogie con l'*Absehen von Strafe* di cui al § 60 *StGB*, ha la funzione di evitare che il diritto penale debba intervenire rispetto a fatti "bagatellari", nel rispetto del principio di sussidiarietà²⁴; ciò nonostante, esso ha dato luogo a diverse perplessità, tanto sul piano ermeneutico, quanto su quello della legittimità costituzionale.

Con la pronuncia Cass., Sez. un., 25 febbraio 2016, n. 13681, in *Mass. Uff.*, n. 266593, in particolare, la Corte, dirimendo un contrasto subito insorto in giurisprudenza, ha riconosciuto l'applicabilità della causa di non punibilità anche ai reati che prevedono (come la guida in stato di ebbrezza) "soglie di punibilità", indicative, dunque, di un disvalore non "tenue", già individuato a monte dal legislatore, nonché la retroattività della previsione, *ex art. 2 comma*

²⁰ In argomento vd. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, spec. 320 ss; ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020, *passim*.

²¹ Per alcuni commenti alla pronuncia vd. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 785 ss; BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, *ibidem*, 967 ss; CONSULICH, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. Cost.*, 2019, 1231 ss. Più di recente DI GIOVINE, *Stupefacenti: meglio "di tutta l'erba un fascio" oppure "un fascio per ogni erba"?*, 27 febbraio 2020, in www.lalegislazionepenale.eu. Sulle questioni di legittimità della disciplina penale degli stupefacenti vd. ampiamente GAMBARDILLA, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*, Roma, 2019, *passim*. Nella manualistica vd. MANNA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 38 ss.

²² Tra i primi commenti vd. RAMPIONI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. Pen.*, 2016, 459 ss.

²³ Nella manualistica vd. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, Bologna, 2017, 761 ss; PELISSERO, *Le ipotesi di esiguità del fatto. Il nuovo art. 131-bis c.p.*, in Grosso-Pelissero-Petrini-Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 287 ss.

²⁴ In argomento vd. anche DE FRANCESCO, *Invito al diritto penale*, Bologna, 2019, 53-54.

4 c.p., trattandosi di *lex mitior*²⁵.

Con la successiva sentenza Cass., Sez. un., 22 giugno 2017, n. 53683, in *Mass. Uff.*, n. 271587, la suprema Corte, dirimendo uno dei più evidenti dissidi giurisprudenziali insorti in materia penale²⁶, ha infine stabilito che «la nuova causa di non punibilità prevista non è applicabile ai procedimenti relativi ai reati di competenza del giudice di pace».

Ciò in quanto (secondo una soluzione tuttavia assai discutibile) tale previsione sarebbe incompatibile con la finalità conciliativa che sottende al rito speciale davanti al giudice onorario, per il quale vige l'art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che però si fonda su presupposti diversi, e, sotto certi profili, più restrittivi rispetto alla causa di non punibilità "generale" di cui all'art. 131-*bis* c.p. (essendo necessario valutare, nel procedimento speciale, il pregiudizio per l'imputato derivante dall'eventuale instaurazione del processo)²⁷.

Quanto ai profili di conformità costituzionale, con la sentenza Corte cost., 17 luglio 2017, n. 207 la Consulta ha vagliato la questione di legittimità dell'art. 131-*bis* c.p. in riferimento al delitto di ricettazione, ed in particolare alla figura attenuata, per particolare tenuità, di cui al comma 2 dell'art. 648 c.p., che prevede una pena edittale pari, nel massimo, a sei anni di reclusione (e quindi superiore al limite previsto per l'applicazione della causa di non punibilità in disamina).

Tale questione, allora, è stata declinata per infondatezza dalla Corte delle leggi che ha rilevato *tanto* l'inidoneità dei *tertia comparationis* indicati dal giudice remittente (tra i quali alcuni reati contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia, contro la fede pubblica, contro l'incolumità individuale, contro la libertà personale, ed altri ancora) – il che dimostra, ancora una volta, l'orientamento consolidato della Corte in ordine alla struttura del giudizio (ternario) – *quanto* l'ampia discrezionalità in capo al legislatore in ordine alle scelte di politica criminale, nella prospettiva delle pene edittali e dell'applicazione delle cause di non punibilità (si legge nella pronuncia: «anche in presenza di norme manifestamente arbitrarie o irragionevoli, solo l'indicazione di un *tertium comparationis* idoneo, o comunque di

²⁵ Sul tema vd. NISCO, *Il comportamento abituale come condizione ostativa alla non punibilità del fatto tenue: una rassegna critica*, in *Cass. Pen.*, 2019, 894 ss.

²⁶ AMARELLI, *Dalle legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1406 ss.

²⁷ Per un commento alla pronuncia vd. GAMBARDELLA, *Lo "splendido isolamento". Ai reati di competenza del giudice di pace non si applica l'art. 131-bis c.p.*, in *Cass. pen.*, 2018, 487 ss. Sul tema vd. anche DOLCINI, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1219 ss.

specifici cogenti punti di riferimento, può legittimare l'intervento della Corte in materia penale, poiché non spetta ad essa assumere autonome determinazioni in sostituzione delle valutazioni riservate al legislatore. Se così non fosse, l'intervento, essendo creativo, interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria rimesse al legislatore»²⁸.

Con la successiva sentenza Corte cost., 21 dicembre 2017, n. 279, invece, è stata rigettata per infondatezza la questione di legittimità dell'art. 131-*bis* c.p. nella parte in cui detta disposizione esclude l'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto in relazione a condotte abituali, atteso che – ha rilevato la Corte – ciò non estrinsecerebbe una scelta irragionevole da parte del legislatore, né una affermazione del “diritto penale dell'autore” (anziché del fatto)²⁹, atteso che «l'aver condizionato la non punibilità anche attraverso un dato soggettivo, costituito dalla non abitudine del comportamento penalmente illecito, non contrasta con il principio di eguaglianza, perché il trattamento diverso è collegato a una situazione giuridica diversa».

Proseguendo nella ricostruzione del panorama giurisprudenziale, si può poi rammentare che con la sentenza Corte cost., 16 maggio 2019, n. 120, la Consulta ha declinato la questione di legittimità della disposizione in esame nella parte in cui essa, secondo gli orientamenti pretori prevalenti (avallati dalle Sezioni Unite), non è applicabile ai reati di competenza del giudice di pace, statuendo che «le ragioni che giustificano, sul piano del rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza», l'alternatività con la previsione di cui al citato art. 34 d.lgs. n. 274/2000 «risiedono nelle connotazioni peculiari dei reati di competenza del giudice di pace e del procedimento innanzi a quest'ultimo rispetto ai reati di competenza del tribunale, la cui eterogeneità esclude la dedotta lesione del principio di eguaglianza. In particolare, il giudice di pace è

²⁸ Per alcuni commenti alla pronuncia vd. GARGANI, *Al vaglio della Consulta l'inapplicabilità della clausola di esclusione della punibilità ex art. 131-bis c.p. alla ricettazione di particolare tenuità*, in *Giur. Cost.*, 2017, 2107 ss; NISCO, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, 22 dicembre 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁹ Per questi concetti vd. anche DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca dei limiti dell'espansione del diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, 1654 ss; VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, *ibidem*, 2012, 1334 ss. In precedenza, MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico criminale*, *ibidem*, 2011, 11 ss; PAGLIARO, *“Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa*, *ibidem*, 2010, 2460 ss; DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss. A livello monografico vd. PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2015; DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2013.

chiamato a conoscere di reati di ridotta gravità, espressivi, per lo più, di conflitti interpersonali a carattere privato, e il relativo rito è orientato, più che alla repressione del conflitto sotteso al singolo episodio criminoso, alla sua composizione, oltre che a finalità deflative, che lo rende non comparabile con il procedimento davanti al tribunale».

Da ultimo, con la sentenza Corte cost., 21 luglio 2020, n. 156 la Corte ha affrontato nuovamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* c.p. in riferimento alla fattispecie di ricettazione di cui all'art. 648 c.p., e, in particolare, rispetto alla circostanza attenuante disciplinata al comma 2, stavolta dichiarando l'illegittimità della disposizione indubbiata.

In particolare, in tale arresto, si è affermato che: «è costituzionalmente illegittimo l'art. 131-*bis* c.p. nella parte in cui non consente l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva. Deve infatti censurarsi, alla luce dell'art. 3 Cost., l'intrinseca irragionevolezza della preclusione dell'applicazione dell'esimente della particolare tenuità del fatto per i reati — come la ricettazione di particolare tenuità — che lo stesso legislatore, attraverso l'omessa previsione di un minimo di pena detentiva e la conseguente operatività del minimo assoluto di cui all'art. 23, primo comma, c.p., ha mostrato di valutare in termini di potenziale minima offensività. La declaratoria di illegittimità costituzionale *in parte qua* della disposizione censurata lascia intatti, ovviamente, tutti i requisiti applicativi dell'esimente che prescindono dall'entità edittale della pena. Pertanto, anche nell'ipotesi di ricettazione attenuata ex art. 648, comma 2, c.p., e in ogni altra ipotesi di reato privo di un minimo edittale di pena detentiva, l'esimente non potrà essere riconosciuta quando la valutazione giudiziale di cui all'art. 133, comma 1, c.p. sia negativa per l'autore del fatto o la condotta di questi risulti abituale ovvero, ancora, quando ricorra una fattispecie tipica di non tenuità tra quelle elencate dal secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p.».

Si tratta di una soluzione che ridimensiona alcuni problemi di struttura dell'istituto segnalati in dottrina, che, rintracciando nella previsione normativa una finalità equitativa, aveva sottolineato che l'ancoraggio della clausola di esclusione alla pena edittale massima, anziché al minimo avrebbe potuto determinare un grave *vulnus* alla disciplina³⁰.

³⁰ Il riferimento è a BRUNELLI, *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto tenue*, in Paliero-Viganò-Basile-Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 251 ss. Scrive l'A.: «la previsione di limiti edittali al di sopra dei quali contenere il giudizio equitativo, ha l'indubbia funzione di "tranquillizzare" le coscienze sulla circo-

3.3. Alla luce di quanto sopra osservato, emerge chiaramente che il nuovo art. 131-*bis* c.p., nel segnare un apprezzabile sviluppo del sistema nell'ottica dei principi cardine della materia e dell'idea di un diritto penale "mite", abbia sollevato e tutt'ora sollevi una larga messe di questioni controverse e di difficile soluzione, come del resto dimostra la sentenza annotata, sulla quale occorrerà ora volgere di nuovo l'attenzione al fine di svilupparne una rapida disamina.

4. *Un breve commento alla pronuncia.*

4.1. Il pronunciamento della Corte costituzionale, come si è accennato, ha ritenuto in parte inammissibili ed in parte infondate le questioni sollevate dai giudici *a quibus*, partendo dal tema del rapporto tra decreto-legge e legge di conversione, non occorre certo rammentare che la dottrina più garantista nutra tradizionalmente ampie riserve circa l'impiego della decretazione d'urgenza in materia penale.

Quel che interessa in questa sede è, però, soprattutto la questione del "rapporto" tra decreto-legge e legge di conversione; sul punto, la Consulta, nel rigettare la questione, ha richiamato una serie di propri precedenti (prevalentemente intervenuti, per il vero, in materie diverse da quella penale) osservando che la norma introdotta in occasione della conversione, prevedendo la limitazione dell'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. (in riferimento al delitto di cui all'art. 337 c.p.), non si sarebbe rivelata "estranea" dal perimetro oggettivo (materia) e funzionale-finalistico dell'atto presupposto (il decreto legge n. 59/2019), essendo quest'ultimo orientato ad un *law enforcement* rispetto a necessità di controllo della sicurezza pubblica³¹.

Sovviene alla mente, allora, giocoforza, la sentenza Corte cost., 26 febbraio 2014, n. 32, che ha sancito l'illegittimità costituzionale della c.d. "legge Fini-Giovanardi", sulla disciplina penale degli stupefacenti (d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, conv. l. 21 febbraio 2006, n. 49).

In estrema sintesi, la Corte – in quel precedente – era stata chiamata a pro-

stanza che nessuno "sconto" sarà accordato per certe tipologie più allarmanti di reati... tuttavia, se il principio equitativo è pensato per porre un rimedio alla discrasia tra la dimensione astratta dell'incriminazione e quella concreta del fatto commesso, qualunque sbarramento edittale è paradossalmente tanto più pericoloso quanto più elevati siano quei limiti... calibrare il limite operativo sui massimi edittali, anziché sui minimi, aggrava il *deficit* di irrazionalità della disciplina» (*op. cit.*, 276).

³¹ Che ha alimentato in dottrina perplessità già "a prima lettura": vd. ZIRULIA, *Decreto sicurezza-bis: novità e profili critici*, 18 giugno 2019, in www.penalecontemporaneo.it, il quale ha parlato di «giro di vite dal retrogusto autoritario».

nunciarsi, proprio nella prospettiva dell'art. 77 Cost., su quella parte della legge di conversione che aveva parificato il trattamento sanzionatorio delle condotte correlate alle "droghe leggere" a quello delle "pesanti"; il tutto sulla base del rilievo proveniente dal giudice remittente (la Corte di cassazione) per il quale la semplificazione e la celerità della procedura di conversione del decreto-legge rispetto a quella di approvazione delle leggi ordinarie da parte del Parlamento si sarebbe posta come limite invalicabile – specie in materia penale – ad un disallineamento contenutistico e teleologico della legge di conversione rispetto all'atto normativo "a monte".

Detta questione, come ben noto, è stata ritenuta fondata dalla Consulta, che nel rilevare la diversità di "oggetto" tra decreto-legge e legge di conversione, ha dichiarato l'illegittimità di quest'ultima nella parte innovativa della disciplina sanzionatoria relativa agli stupefacenti, ritenendo assorbita l'ulteriore censura che era stata sviluppata nell'ordinanza di rimessione, attinente al difetto del requisito della necessità ed urgenza del decreto-legge³².

Muovendo l'obiettivo dell'indagine, ancora una volta, al caso di specie, occorre rilevare, allora, che – posta l'eterogeneità del contenuto del decreto-legge n. 53/2019, composto di tre capi (il primo relativo all'immigrazione clandestina; il secondo all'azione amministrativa e a profili di sicurezza pubblica; il terzo contenente disposizioni atte a reprimere più efficacemente forme di violenza perpetrate in occasione di manifestazioni sportive, escludendo tali condotte dall'alveo di applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p.) – la Corte costituzionale, per il vero attraverso un velocissimo passaggio, ha individuato il *link* tra il d.l. n. 59/2019 e la legge di conversione nell'art. 7, inserito nel secondo capo del decreto-legge medesimo, contenente una serie di previsioni atte a tutelare i rappresentanti della P.A. nel corso di manifestazioni in luoghi pubblici e aperti al pubblico.

Sulla scorta di tali elementi, dunque, la soluzione sposata dalla Consulta oggetto del presente commento si rivela non immune da osservazioni critiche, atteso che – in effetti – l'esclusione dell'applicabilità della causa di non punibilità ai fatti di cui all'art. 337 c.p. non sembra porsi in linea di perfetta coerenza con la materia e la *ratio* del decreto-legge (non costituendone, si po-

³² Tra i molti commenti alla pronuncia vd. MODUGNO, *Decretazione d'urgenza e giurisprudenza costituzionale. una riflessione a ridosso della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale*, 1 luglio 2014, in www.federalismi.it; CELOTTO, *Uso e abuso della conversione in legge*, 6 luglio 2014, *loc. ult. cit.*; FLICK, *Decreto-legge e legge di conversione nella più recente giurisprudenza costituzionale*, 6 luglio 2014, *loc. ult. cit.*; CARNEVALE, *Giuridificare un concetto: la strana storia della omogeneità normativa*, 8 luglio 2014, *loc. ult. cit.*; CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, 505 ss.

trebbe chiosare, il “ragionevole sviluppo”), ed in ogni caso essa ha finito per esaltare nuovamente quegli aspetti di ambiguità che connotano la posizione della Corte rispetto al tema dei rapporti tra tali atti normativi, a più riprese sottolineati, con particolare acribia, in dottrina.

Eleggendo a parametri l'invero impalpabile concetto di “stessa materia” (intesa qui come tutela dell'azione amministrativa) e le finalità perseguite dal decreto-legge³³ (in questo caso in termini di *law enforcement*) si rischia infatti di avallare – in difetto dell'elaborazione da parte della Corte di un catalogo di criteri che possano garantire una tendenziale “oggettività” dello scrutinio di legittimità costituzionale – un eccessivamente vasto ventaglio di ipotesi. L'opacità del requisito della “omogeneità”, impiegato anche in questo caso dalla Consulta (ad uno con il carattere di alternatività tra identità di materia e di *ratio legis* in base ai quali dovrebbe verificarsi la suddetta omogeneità)³⁴, per altri versi, potenzialmente potrebbe rappresentare il viatico (per assurdo soprattutto allorquando l'intervento normativo del Governo si riveli particolarmente caotico e disarticolato)³⁵ per convalidare scelte del legislatore ritenute condivisibili, specie sul piano della politica criminale, seppur anomale, e di converso per demolirne altre, non in linea con l'idea del Giudice delle leggi³⁶.

³³ In ordine ai quali la Corte costituzionale, in diversi arresti, utilizzando la locuzione “totale eterogeneità” (vd. Corte cost., n. 355 del 2010; Corte cost., n. 251 del 2014), mostra di voler attuare un approccio assai poco “invasivo” rispetto agli atti del Governo e del Parlamento. Sul tema vd. LUPO, *L'omogeneità dei decreti-legge (e delle leggi di conversione): un nodo difficile ma ineludibile per limitare le patologie della produzione normativa*, in D'Elia e alt. (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, 419 ss.

³⁴ Vd. Corte cost., n. 247 del 2019: «va ancora ribadito che la legge di conversione rappresenta una legge funzionalizzata e specializzata che non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore, anche nel caso di provvedimenti governativi *ab origine* eterogenei, ma ammette soltanto disposizioni che siano coerenti con quelle originarie o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico».

³⁵ Quando invece la Corte costituzionale ha rilevato che la coerenza di materia e di scopo rappresenta un “requisito implicito” del decreto-legge. Vd. Corte cost., n. 22 del 2012 (annotata, tra gli altri, da MARCENÒ, *L'eterogeneità delle disposizioni come “male” da elusione delle fonti sulla produzione del decreto-legge*, 2012, in www.forumcostituzionale.it): «ai sensi del secondo comma dell'art. 77 Cost., i presupposti per l'esercizio senza delega della potestà legislativa da parte del Governo riguardano il decreto-legge nella sua interezza, inteso come insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo. L'inserimento di norme eterogenee all'oggetto o alla finalità del decreto spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed i provvedimenti provvisori con forza di legge, di cui alla norma costituzionale citata. Il presupposto del caso straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno. La scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente ed il caso che lo ha reso necessario, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale».

³⁶ Sul delicato equilibrio tra poteri della Corte e del Parlamento vd. anche, per i contributi più recenti,

Talchè emerge con nitore l'esigenza di fruizione di criteri maggiormente oggettivi, che possano rappresentare un punto di riferimento, in futuro, anche per il Governo e per il Parlamento³⁷.

A tal proposito, allora, non sarebbe inopportuno che la Corte conducesse la propria valutazione, in materia penale (che incidendo su uno dei valori fondamentali dell'individuo, e cioè sulla libertà personale, impone che le scelte di politica criminale siano affidate al più ampio e meditato confronto parlamentare)³⁸, concentrando l'attenzione (contrariamente a quanto è accaduto nel caso di specie) sulla diffusione e pericolosità dei fenomeni criminali che formano oggetto delle novelle, e correlativamente sulla necessità ed urgenza degli atti normativi che li disciplinano; elementi, questi, che dovrebbero essere ponderati rispetto all'intero spettro temporale tra l'emanazione del decreto-legge e la legge di conversione.

In altri termini, posto che la mancata previsione "originaria", nel contesto del decreto-legge, di disposizioni *lato sensu* incriminatrici dovrebbe essere interpretata come una sorta di "indizio" della carenza del requisito di straordinarietà³⁹, è soprattutto su questo elemento (che dovrebbe sussistere al momento del varo del decreto legge e persistere al momento dell'approvazione della legge di conversione, su tutto il contenuto di quest'ultima)⁴⁰, piuttosto che su

TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca della legittimazione*, in www.federalismi.it.

³⁷ Sulla non decisività del requisito dell'omogeneità vd. anche LUCIANI, *Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla corte costituzionale. Tendenze recenti*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 1163 ss.

³⁸ Vd. anche Corte cost., n. 226 del 2019. Su questo tema vd. anche CELOTTO, *Problemi sul decreto-legge*, Napoli, 2009, spec. 121.

³⁹ Ciò è desumibile anche dalla sentenza Corte cost., n. 128 del 2008, annotata da BALDAZZI, *Quando i casi di scuola diventano casi concreti*, 15 maggio 2008, in www.forumcostituzionale.it.

⁴⁰ Cfr. Corte cost., n. 29 del 1995: «a norma dell'appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione». Sul trasferimento dell'invalidità dal decreto-legge alla legge di conversione, con conseguente negazione dell'efficacia sanante di quest'ultima, vd. anche Corte cost., n. 171 del 2007, con nota di ROMBOLI, *Una sentenza "storica": la dichiarazione di incostituzionalità di un decreto-legge per evidente mancanza dei presupposti di necessità e di urgenza*, in *Foro It.*, 2007, I, 1986 ss; e RUGGERI, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, 4 giugno 2007, in www.forumcostituzionale.it.

quello (eccessivamente “duttile”)⁴¹ dell’omogeneità, che dovrebbe fondarsi il giudizio di legittimità alla luce dell’art. 77 Cost.

A tal riguardo, allora, si può osservare, anche attraverso l’esame dell’*iter* di approvazione della l. n. 77/2019 di conversione, che la necessità e l’urgenza dell’introduzione della clausola di esclusione in disamina siano difficilmente individuabili; del resto, anche sulla scorta dei dati raccolti dall’ISTAT, pubblicati l’anno scorso, in relazione al periodo 2005-2018 (reperibili sul sito *web* dell’Ente), in ordine alla frequenza del reato di resistenza a pubblico ufficiale di cui all’art. 337 c.p., non sembra affatto desumibile alcuna variazione statistica tale da determinare le condizioni per la decretazione d’urgenza, o meglio per l’inserimento della previsione indubbiata in sede di conversione; né la dimostrazione dell’allarme sociale provocato da condotte di tal fatta può ricavarsi dalla rilevazione dei dati relativi alle pene irrogate, nella media pari a circa 6 mesi di reclusione.

4.2. Ancor più critico si rivela, infine, il punto ove la Corte – come accennato – ha inteso “rafforzare” la propria statuizione ed il rigetto nella prospettiva del paradigma di ragionevolezza, allorquando è stato assunto a *tertium comparationis*, come prospettato dall’ordinanza di rimessione del Tribunale di Torino, il delitto di lesioni aggravate dalla circostanza di cui al comma 1 n. 5-*bis* dell’art. 576 c.p.

La Consulta, infatti, almeno da quanto si desume da un assai oscuro passaggio nella trama motivazionale, sembrerebbe aver rilevato che tale fattispecie, in caso di connessione con il delitto di cui all’art. 337 c.p., ricadrebbe nella clausola di esclusione introdotta dalla l. n. 77/2019 nel comma 2 dell’art. 131-*bis* c.p.

Ora, posto che il fatto di lesioni volontarie aggravato potrebbe essere commesso anche in difetto della realizzazione del delitto di cui al già citato art. 337 c.p., ciò, di per sé, avrebbe dovuto indurre la Consulta a più approfondite riflessioni in ordine alla “resistenza” della novella alla prova di ragionevolezza; difatti, eletto il delitto di lesioni aggravate a *tertium comparationis*, occorre rilevare che questo, in ragione della pena edittale (pari al massimo a quattro anni e sei mesi di reclusione) ben potrebbe rientrare nel campo di operatività della condizione di non punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p., pur trattandosi, anche in questo caso, di condotte che si riverberano (seguendo il

⁴¹ Il termine è efficacemente impiegato da FRANCAVIGLIA, *L’apparente univocità della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di omogeneità del decreto-legge e della legge di conversione*, in *Giur. Cost.*, 2019, 2673 ss.

ragionamento sviluppato in altro punto dalla stessa Corte costituzionale) sia sulla sfera individuale, sia su quella della P.A.

Occorre, inoltre, rimarcare che il meccanismo di “attrazione” (sibillamente) enunciato dalla Consulta, in base al quale, nel caso di concorso delle lesioni aggravate con la resistenza (che per inciso, a rigore, dovrebbe “assorbire” l’aggravante medesima, a norma dell’art. 84 c.p.), il delitto di cui all’art. 582 c.p., per effetto del novellato comma 2, verrebbe sottratto all’operatività dell’art. 131-*bis* c.p., è del tutto inipotizzabile, difettando alcuna norma speciale o principio generale che possa giustificare tale soluzione.

Si è al cospetto, dunque, di un passaggio motivazionale che rappresenta un’ulteriore “falla” nella decisione della Consulta, che in conclusione si presta a molteplici e concorrenti (dis)appunti.

5. *Conclusioni.* Tirando le fila dell’analisi della pronuncia della Consulta, si può rilevare allora che la soluzione sposata dalla Corte appare assai poco condivisibile, sia nella prospettiva dell’*iter* che ha contrassegnato il “decreto sicurezza *bis*”, sia del *test* di legittimità della norma indubbiata al cospetto della “terna” offensività-proporzionalità-ragionevolezza, tanto che si può concludere con il rilevare che la sentenza abbia finito con l’avallare una scelta legislativa assai poco meditata, caratteristica di un diritto penale “simbolico-espressivo”.

Si è dinanzi ad un’innovazione che, ponendosi in linea di continuità con il “decreto sicurezza” (d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. l. 1 dicembre 2018, n. 132), e con la volontà di contrasto dei più disparati fenomeni di devianza (stranieri, manifestanti facinorosi, pregiudicati, vagabondi e accattoni, parcheggiatori abusivi, *homeless*) sembra chiaramente evocare quel bel saggio di Sergio Moccia intitolato “*La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*”, edito a Napoli nel 1995, oltre che il concetto di *Feindstrafrecht* (cioè il c.d. “diritto penale del nemico”).

Così come le modalità attuative della riforma, con l’inserimento “in corsa”, in sede di conversione di un decreto-legge (con il quale l’atto normativo “finale” condivide di fatto solo il profilo temporale e la logica repressiva), si pone perfettamente in linea con quelle tendenze, ormai purtroppo radicate, etichettabili in termini di “legislazione penale compulsiva”¹².

Ad ogni modo, non può escludersi che la Corte costituzionale, avvedendosi della *défaillance* in cui è incorsa operando la comparazione con il delitto di

¹² Mutuando il titolo del volume collettaneo INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

lesioni aggravate, *ex art. 576, co. 1, n. 5-bis c.p.*, nel caso di ulteriori ordinanze di remissione, possa riconsiderare la propria posizione, in ordine ad una previsione normativa che desta, evidentemente, particolari e persistenti perplessità nell'ottica dei principi cardine della *matière pénale*.

ANDREA DE LIA