

ASPETTI COSTITUZIONALI DELLA DEPENALIZZAZIONE

MARINO PETRONE (*)

1. — Il tema concernente gli aspetti costituzionali della depenalizzazione è rimasto piuttosto in ombra, salvo che per taluni particolari profili, in sede di discussione dei vari provvedimenti legislativi ad effetto depenalizzante che si sono succeduti in questi ultimi dieci anni: dalla legge n. 217 del 1967, che ha iniziato questo esperimento in materia di circolazione stradale e di regolamenti provinciali e comunali, alla legge numero 590, dello stesso anno, in materia forestale, fino alla legge n. 706 del 1975, che ha accennato una prima disciplina generale della materia.

Eppure esso coinvolge problemi non poco delicati, richiedendo una verifica circa la eventuale configurabilità di limiti posti al legislatore ordinario il quale intenda mutare la disciplina sanzionatoria di una o più ipotesi criminose, pur senza disporne la eliminazione del settore dell'illecito (nel qual caso si suole parlare invece, con discutibile terminologia, di *decriminalizzazione*) trasferendole nell'area dell'illecito amministrativo.

La necessità di una siffatta verifica appare oggi particolarmente evidente, poichè, da un lato, nel tempo trascorso dalla prima operazione depenalizzante, si sono venute delineando talune posizioni riduttive, soprattutto in vista di pretesi limiti costituzionali per materie non depenalizzabili, dall'altro si preannuncia ora, sul piano legislativo, un nuovo intervento di più ampia portata. Il disegno di legge n. 1799, presentato alla Ca-

(*) Consigliere di Corte d'appello addetto alla Corte di cassazione. Professore inc. stab. nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena.

mera dal Ministro di Grazia e Giustizia, infatti, non contempla soltanto la depenalizzazione di taluni reati previsti da leggi speciali, ma delinea anche, per la prima volta, la disciplina dell'illecito amministrativo *ab origine*, aprendo così una vasta prospettiva di indagine su tale figura.

Un esame delle implicazioni costituzionali di tale normativa, peraltro, presuppone una sia pur rapida ricognizione delle premesse da cui essa muove, volta com'è a porre un radicale rimedio alla crescente inflazione penalistica. In questo quadro, non può farsi a meno di ricordare, risalendo per un attimo nella storia della nostra legislazione, che circa 100 anni prima di questo esperimento, si verificò — per effetto dell'art. 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E — una operazione sotto un certo aspetto opposta, con la quale furono portate nell'area della giurisdizione penale quelle contravvenzioni che in precedenza erano assegnate alla competenza dei tribunali amministrativi. La norma rispondeva all'esigenza di attribuire in ogni caso, anche alle minori forme di illecito penale che ne fossero ancora prive, la garanzia tipica del processo davanti al giudice ordinario; ma il costo dell'operazione non era lieve, poiché il mutato regime applicativo della sanzione penale, oltre a riflettere in definitiva sulla stessa stigmatizzazione del comportamento, comportava soprattutto un maggior carico giudiziario.

Un siffatto risultato si è venuto man mano aggravando, per aver il legislatore ritenuto di fare sempre più frequente ricorso alla sanzione penale, nelle varie leggi amministrative succedutesi nel tempo. In tal modo numerose infrazioni, se pur di scarso rilievo sociale, hanno assunto il carattere di reato, contribuendo in notevole misura all'inflazione penalistica. Si tratta in realtà di reati bagattellari, ossia di manifestazioni di devianza marginale, che tuttavia, solo per la loro qualificazione penale, devono essere portate alla cognizione del magistrato ordinario, appesantendo così l'apparato della giustizia penale.

Le disposizioni contenute nel capo I del disegno di legge n. 1799, già ricordato, mirano a realizzare, tramite una organica disciplina della depenalizzazione, una decisiva inversione di tendenza, completando l'operazione iniziata circa dieci anni or sono. L'attrazione, nell'area dell'illecito amministrativo, dei reati (sia delitti che contravvenzioni) puniti con la sola pena pecuniaria (peraltro con talune eccezioni), risponde infatti all'esigenza, generalmente avvertita, di limitare la stigmatizza-

zione penale ai fatti di maggior disvalore sociale e di realizzare, nel contempo, l'alleggerimento del carico giudiziario in materia penale.

2. — Una verifica delle implicazioni costituzionali di una siffatta operazione richiede due diversi ordini di indagine, dovendosi in primo luogo esaminare se la Costituzione offra indicazioni in senso favorevole o meno al più generale fenomeno della deflazione penalistica (comprendente, come è ovvio, anche la c.d. decriminalizzazione) e, quindi, se in essa si possano rinvenire limiti che concernano in particolare la depenalizzazione.

Uno sguardo d'insieme rivolto alle norme costituzionali relative al sistema penale consente di dare al primo quesito una risposta positiva, emergendo un orientamento complessivo ispirato al *favor* per la riduzione dell'area penale. Tra i numerosi argomenti che sono stati adottati dalla dottrina per cogliere nella Carta specifiche indicazioni in tal senso, particolarmente significativi appaiono quelli ricavabili dagli artt. 25 comma 2° e 27 comma 3°. La prima norma, come è noto, stabilisce una riserva assoluta di legge in campo penale, attribuendo in tal modo alla legge formale ed agli atti ad essa equiparati il monopolio nella produzione normativa nel suddetto campo: resta così limitato all'organo dotato di rappresentatività popolare l'intervento nella vicenda costitutiva penale, che incide direttamente o indirettamente sulla libertà personale, allo scopo di concedere a questa la massima garanzia (GALLO). L'indizio che si è ritenuto di poterne trarre è non poco persuasivo, non essendo seriamente dubitabile che una riserva assoluta costituisca un considerevole ostacolo alla produzione di norme penali: tanto vero che, come è noto, parte della dottrina ha cercato di superarlo ritenendo che la riserva debba essere invece considerata relativa, così da lasciare spazio al regolamento, sia pur delegato, per il cui tramite si può allargare considerevolmente l'area degli interventi in chiave penale. Quanto, poi, alle indicazioni ricavabili dall'art. 27 comma 3° Cost., si è giustamente rilevato (BRICOLA) che una pena la quale debba anche « tendere alla rieducazione del condannato », non può che essere ragionevolmente limitata alle violazioni di maggior rilievo, ossia alle offese ad interessi dotati di particolare significato sociale.

A tale ultimo proposito è bene peraltro precisare che la sud-

detta limitazione non è stata espressa dal Costituente in termini di vincolo tassativo per il legislatore ordinario, nel doppio senso di un impegno a mantenere (o, addirittura, ad attrarre) nell'area penale la tutela di dati interessi ontologicamente qualificati e ad espungerne altri, ma solo come *linea di tendenza*; e, quindi, come tale, destinata a funzionare soltanto da modello orientativo nella verifica della ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore, ai sensi dell'art. 3 Cost.

Il rilievo vale, per ora, soprattutto ad escludere la configurabilità di un'area penale vincolata da norme costituzionali, cui consegua la illegittimità di qualsivoglia operazione legislativa volta a privare i corrispondenti fatti dalla rilevanza penale (si tratti di c.d. decriminalizzazione o anche solo di depenalizzazione). Non sembra, infatti, ravvisabile, come meglio si vedrà più avanti, una *materia penale*, neanche nel ristretto senso ricoglegabile alla pretesa esistenza di un settore minimo di interessi muniti di tutela costituzionale privilegiata, tali cioè da dover essere necessariamente garantiti tramite la sanzione penale.

3. — Alla luce di quanto si è ora rilevato, resta agevolato l'avvio dell'indagine nella seconda delle prospettive sopra indicate. Si può, infatti, subito affermare che nella Costituzione non solo si coglie una generale linea di tendenza alla riduzione dell'area penale, ma non si rintracciano, in particolare, veri e propri limiti al conseguimento di tale risultato tramite interventi depenalizzanti (salvo, come si vedrà, in ordine al *quomodo*), potendosi, al contrario, ricavare dalla Carta vincoli di segno diametralmente opposto, ossia *oneri* di depenalizzazione.

Quanto alla pretesa esistenza di materia non depenalizzabile, si è già detto: su tale punto, del resto, dovremo tornare tra breve. È necessario ora sottolineare che un limite alla depenalizzazione non può ritenersi derivare dalla perdita di giurisdizionalità che ad una siffatta operazione consegue.

A tal proposito è appena il caso di osservare che l'esclusione dall'area della giurisdizione costituisce un indubbio effetto della riduzione di una figura criminosa ad illecito amministrativo, se pur questa conseguenza non sia totale, per la possibilità di opposizione davanti al giudice ordinario. La Corte costituzionale, come è noto, pronunciandosi sulla questione con sentenza n. 32 del 1970, ha infatti chiarito che la depena-

lizzazione comporta l'attribuzione della cognizione del fatto illecito ad un organo amministrativo che resta tale pur nella sua competenza a svolgere un giudizio su di un illecito, in quanto, ai fini dell'accertamento del fatto e della conseguente applicazione della sanzione, egli compie un'attività che ha i caratteri formali del procedimento amministrativo. D'altra parte, se l'organo al quale viene attribuita la cognizione dell'illecito depenalizzato (a parte la eventuale fase dell'opposizione) fosse dotato di giurisdizione, non potrebbe negarsi il contrasto della norma attributiva di tale competenza con l'art. 102 della Costituzione, poiché in tal modo si verrebbe a violare il divieto di istituire giudici speciali. Ed è, infatti, escludendo la natura giurisdizionale del procedimento applicativo della sanzione amministrativa che la Corte costituzionale, nella predetta sentenza, ha fatto salva la competenza del prefetto (per le infrazioni in materia di circolazione stradale) nonché quella del sindaco e del presidente della giunta provinciale (per le infrazioni ai regolamenti locali) ad applicare le sanzioni previste dalla legge n. 317 del 1967. Tale soluzione risulta appagante anche sotto il diverso profilo dell'attribuzione della competenza a conoscere di una fattispecie di illecito ad un organo amministrativo (salva, ovviamente, la fase giurisdizionale conseguente all'opposizione, peraltro meramente eventuale), non sussistendo, appunto, una riserva costituzionale di giurisdizione per l'applicazione di sanzioni amministrative, ma solo una garanzia di successivo controllo giurisdizionale ai sensi dell'art. 113 Cost.

Non può tuttavia negarsi che la perdita di giurisdizionalità, e quindi delle garanzie che a questa sono inerenti (imparzialità del giudice, difesa, ecc.) — se pur talune garanzie non manchino (e, anzi, stiano sempre più accrescendosi) anche nel procedimento amministrativo — costituisca un elemento di peso non trascurabile nella scelta legislativa, sempre controllabile in base all'art. 3 Cost., del tipo di qualificazione da attribuire all'illecito. Sotto tale profilo, tuttavia, nella verifica di ragionevolezza della scelta non può non tenersi in debito conto il regime complessivo dell'illecito amministrativo, in rapporto al quale soltanto può formularsi un giudizio sulla maggiore o minore gravosità del trattamento sanzionatorio. Si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'elemento psicologico, del concorso di persone, della continuazione, della recidiva, dei benefici, istituiti in rapporto ai quali, peraltro, era sinora mancata l'occasione di

studi che ne verificassero l'applicabilità all'illecito amministrativo.

I rilievi sopra svolti non escludono, tuttavia, che il problema dei limiti costituzionali alla depenalizzazione, derivanti dalla perdita di giurisdizionalità, si riproponga sotto un differente aspetto. Non può negarsi, infatti, che tale conseguenza incida sulla natura della sanzione applicabile all'illecito depenalizzato, a causa della riserva di giurisdizione posta dall'art. 13 della Costituzione con riguardo a tutte le misure restrittive della libertà personale: queste, come è noto, non soltanto sono sottoposte ad una riserva rinforzata di legge, nel senso che non sono ammesse se non nei casi e nei modi da essa stabiliti, ma soggiacciono anche, appunto, ad una riserva di giurisdizione, in quanto, salvo casi eccezionali di necessità e di urgenza, non possono essere applicate se non dall'autorità giudiziaria.

Ne deriva, all'evidenza, un limite alla depenalizzazione, se pur non in ordine all'*an* ma al *quomodo*, poiché il legislatore ordinario non può prevedere per la infrazione depenalizzata una sanzione restrittiva della libertà personale. Ipotesi, questa, che non potrebbe certo in sé escludersi, se pur sinora la depenalizzazione sia stata limitata a reati puniti con pena pecuniaria con sostituzione a questa della sanzione del pagamento di una somma, in quanto un ulteriore ampliamento dell'operazione di deflazione penalistica potrebbe riguardare anche reati puniti con pena detentiva. Ché, anzi, in una depenalizzazione ragionata, che tenga conto non tanto del tipo di sanzione prevista ma soprattutto del valore sociale dell'interesse protetto, potrebbe difficilmente evitarsi di coinvolgere anche tali reati. Ed a tal proposito può essere interessante ricordare la suggestiva immagine della « truffa delle etichette » proposta dalla dottrina (BRICOLA), per segnalare le insidie che potrebbero nascondersi dietro la depenalizzazione, con riferimento appunto ai casi in cui, per l'illecito depenalizzato, fosse prevista come sanzione una misura restrittiva della libertà personale.

4. — Neppure si possono ricavare limiti costituzionali, posti al legislatore nei suoi interventi depenalizzanti, dal principio di tassatività della fattispecie penale, comunemente ravvisato quale uno dei contenuti dell'art. 25 comma 2° Cost. La violazione di tale principio in sede di depenalizzazione, anzi, non dovrebbe neanche teoricamente suporsi, poiché detta ope-

razione si riferisce, in ipotesi, a figure criminose che, proprio in quanto tali, si devono già ritenere sufficientemente determinate.

Il problema ha, invece, ragione di porsi in rapporto alle ipotesi di previsione dell'illecito amministrativo *ab origine*, ove si ritenga che tale figura sfugga ad una eguale esigenza di sufficiente tipizzazione: ma è evidente che una siffatta questione, a parte la sua estraneità al tema in esame, si risolve ancora una volta nell'ambito della verifica di ragionevolezza delle scelte operate dal legislatore.

5. — Se, dunque, indicazioni si ricavano dalla Carta costituzionale, esse sono nel senso di un *favor* per la riduzione dell'area penale; se vincoli si pongono al legislatore in ordine alla depenalizzazione, essi non sono negativi (salvo quanto si è detto a proposito del tipo di sanzione) bensì positivi. Esistono, infatti, dei casi in cui la esclusione della sanzione penale è imposta al legislatore ordinario, corrispondendo più precisamente ad un *onere* (e non ad un obbligo); ché tale è, come è stato sottolineato in dottrina (GALLO), quello di emanare leggi non contrastanti con norme costituzionali.

Si è già accennato al problema concernente la possibilità di enucleare una *materia penale* riconoscibile da indicazioni contenute nella Costituzione. È bene ora precisare che la tesi favorevole a tale individuazione, conducendo alla prefigurazione, nel quadro della normativa costituzionale, di un settore di interessi destinati alla protezione penale, risulterebbe compatibile con la impostazione che, a livello di legislazione ordinaria, ravvisa nel complesso delle previsioni penali non un *campo di materia* ma solo — come appare più corretto — un *modo di disciplina* di dati interessi. Senonché, sembra decisamente da escludere la configurabilità di una materia destinata, per vincolo costituzionale, ad essere necessariamente coperta da previsioni penali, restando pur sempre tale operazione affidata, in definitiva, alla ragionevole scelta del legislatore. Si deve invece riconoscere che, all'opposto, in alcune ipotesi è precluso dalla Costituzione il ricorso alla sanzione penale. A tal proposito, accanto ai casi di esercizio di diritti costituzionalmente garantiti, nei quali la incostituzionalità di una previsione penale è addirittura ovvia, si ricordano quelli di offesa ad interessi di scarso rilievo costituzionale; per tali casi, tuttavia, la sussistenza di un siffatto

limite è apparsa più discutibile, presupponendo l'adesione alla tesi (ELIA) secondo cui le limitazioni alla libertà personale consentite dall'art. 13 della Costituzione richiedono una adeguata finalità contrapposta.

Non può farsi a meno, infine, di segnalare la presenza nel nostro sistema penale, di figure criminose nelle quali la condotta tipica può mancare di concreta lesività: ossia i reati di pericolo presunto, di cui, come è noto, il nostro ordinamento offre numerosi esempi, soprattutto nel campo contravvenzionale. È questo un settore nel quale la depenalizzazione (o, in alternativa, secondo una ragionevole scelta legislativa, la c.d. decriminalizzazione), lungi dall'essere vietata dalla Costituzione, è favorita e addirittura imposta. La previsione di reati di pericolo presunto, infatti, come è stato dimostrato (GALLO), si pone in contrasto con gli artt. 25 commi 2° e 3° e 27 comma 3° Cost., dai quali si ricava conferma, in una dimensione costituzionale, di un principio già emergente dall'art. 49 cod. pen., ossia della concezione realistica dell'illecito penale, quale fatto necessariamente lesivo (sia pur nella forma del pericolo) di un concreto interesse.

I reati di pericolo presunto, pertanto, malgrado le relative previsioni rispondano ad incontestabili esigenze di anticipazione della tutela di taluni interessi, appaiono contrassegnati da una nota di incostituzionalità e, come tali, dovrebbero essere espunti dal sistema penale. L'esigenza di tutela sopra segnalata dovrebbe peraltro suggerire al legislatore di non disporre la radicale scomparsa dal settore dell'illecito; onde sbocco naturale di tali figure appare l'illecito amministrativo e, quindi, sistema tipico per soddisfare quell'esigenza, il meccanismo della depenalizzazione.

Ritorna così attuale, a distanza di otto anni, un tema che costituì oggetto di appassionata discussione in seno al X Congresso Internazionale di diritto penale. In quell'occasione si formulò una riserva sulla costruzione di figure di reato nelle quali la presunzione di pericolo non fosse superabile da prova contraria. Quella raccomandazione si può valorizzare in una prospettiva nuova e diversa, ossia utilizzando per la loro adeguata sistemazione nel campo dell'illecito l'istituto della depenalizzazione.