

# AI CONFINI DEL "FAVOR REI"

Il falso in bilancio davanti alle Corti  
costituzionale e di giustizia

*Atti del Seminario  
Ferrara, 6 maggio 2005*

*a cura di*

ROBERTO BIN, GIUDITTA BRUNELLI  
ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO



pone, invece, in una posizione adatta a verificare la tenuta di quelle teorie che, a prima vista inossidabili, si rivelano insoddisfacenti tanto sul piano della dogmatica costituzionale<sup>4</sup> quanto sotto il profilo della selezione, nei differenti casi concreti, dell'interesse costituzionale da proteggere.

2. Innanzitutto, lascia perplessi l'operazione ermeneutica volta a costituzionalizzare il principio della retroattività della norma penale "più favorevole". Secondo l'orientamento ormai consolidato, per disposizione "più favorevole" deve intendersi quella che all'esito di un confronto condotto in concreto conduca a conseguenze meno rigorose per il reo<sup>5</sup>. Ebbene, la sostanziale inclusione di questo principio nell'ambito di quelli di rango costituzionale sembra essere il frutto di una lettura "tralatizia" dell'art. 25, comma 2, Cost., sia isolatamente considerato che in combinazione con il comma 1 dell'art. 3 Cost.

La *ratio* della disposizione *de qua* potrebbe essere rinvenuta nell'esigenza di certezza del diritto, qui declinata nel senso di ricondurre la disciplina giuridica di ogni fatto costituente reato alla legge vigente nel momento della sua commissione. Senonché una simile conclusione sarebbe espressione di una interpretazione eccessivamente letterale del testo normativo, del tipo *prima facie*, frutto di una comprensione irriflessa del significato dei termini<sup>6</sup>. In vero è maggiormente conforme alla genesi storica del principio racchiuso e ai connessi principî di tassatività e della riserva di legge intendere il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole come espressione particolare del più generale *favor libertatis*. La formula *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* è quindi dettata per garantire la libertà dell'agente nei confronti degli abusi dei detentori del potere legislativo<sup>7</sup>. Così ragionando è possibile soddisfare le

<sup>4</sup> Anche l'interpretazione costituzionale è infatti soggetta al vincolo della dogmatica giuridica, ma la dogmatica costituzionale non è legata al concetto di sistema; essa si serve, piuttosto, della tecnica del bilanciamento tra principî concorrenti: v. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, 121 ss.

<sup>5</sup> V., ad esempio, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2001, 81; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano 1998, 132; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1992, 123; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 278 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 2004, 68.

<sup>6</sup> Secondo la definizione che ne dà R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, vol. LI del *Trattato di diritto civile e commerciale "Cicu Messineo"*, Milano 2004, 144.

<sup>7</sup> Cfr., tra gli altri, F. MANTOVANI, *op. cit.*, 115 ss.

esigenze di sistematicità di un ordinamento penale che voglia essere sufficientemente coerente: il principio di irretroattività è infatti strettamente legato alla funzione di prevenzione generale e orientamento delle condotte umane propria della norma penale e, ancor di più, al principio di colpevolezza, il quale serve «a garantire al cittadino libere scelte di azione»<sup>8</sup>.

Tuttavia vi è chi arriva a ritenere che il principio generale del *favor libertatis* eserciti sul relativo corollario un'influenza ben superiore, tanto che sarebbe costituzionalmente garantito un trattamento penale più mite tra quello previsto dalla legge vigente al momento della commissione del reato e quello stabilito da leggi successive<sup>9</sup>. Logica conseguenza di una simile impostazione, se coerentemente sviluppata, sarebbe l'innaturale costituzionalizzazione del principio di retroattività della *lex mitior*, che trova invece la sua sede originale nei commi 2 e 3 dell'art. 2 c.p. Ma diversa è la *ratio* di queste due ultime disposizioni, e se essa rinviene un aggancio costituzionale, il riferimento non è al primo capoverso dell'art. 25 Cost., ma al principio di eguaglianza formale di cui all'art. 3 Cost.<sup>10</sup>. Discende da ciò che ben potrebbe il legislatore ordinario introdurre un divieto di retroattività della legge penale favorevole, purché la differenza di trattamento tra chi abbia commesso il reato sotto il vigore della legge sfavorevole e chi, invece, di quella successiva più favorevole sia sorretta da ragionevoli motivi.

Sulla base di un'applicazione oltre modo rigida del principio di legalità penale, la Corte costituzionale ha invero più volte negato che da una sua pronuncia possano derivare effetti sfavorevoli per l'imputato, anche allorché il sindacato verta su norme penali di favore. Così ragionando la Corte «assicura, di fatto, l'impunità per gli imputati, anche qualora la norma di favore risulti incostituzionale»<sup>11</sup>. La *ratio* del principio costituzionale impone invece una soluzione maggiormente articolata.

### 3. Un corretto approccio al problema delle conseguenze giuridiche scaturenti a carico degli imputati da un'eventuale dichiarazione di illegitti-

<sup>8</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 255.

<sup>9</sup> Così A. PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 1064; M. GALLO, *Appunti di diritto penale. Volume I. La legge penale*, Torino 1999, 111 ss.

<sup>10</sup> V. G. VASSALLI, *Abolitio criminis e principii costituzionali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 408.

<sup>11</sup> M. D'AMICO, *Il favor rei fra legislatore nazionale e vincoli comunitari*, in *Quad. cost.*, 2005, 181.

mità costituzionale della legge penale (successiva) più favorevole è, a mio avviso, debitore dell'impostazione fatta propria dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 51 del 1985<sup>12</sup>.

Nel dichiarare l'illegittimità del comma 5 dell'art. 2 c.p., nella parte in cui prevedeva l'applicabilità ai fatti anteriori del decreto legge non convertito (o convertito con emendamenti) recante una norma penale abrogatrice o più favorevole al reo, la Corte distingue opportunamente tra i fatti pregressi e i fatti concomitanti. La portata della pronuncia non investe questi ultimi, di talché il giudice dovrà, a seconda dei casi, assolvere l'imputato o applicare la disciplina più favorevole. L'applicazione di una disciplina non conosciuta né conoscibile dal reo sarebbe infatti antinamica rispetto alla *ratio* del principio di irretroattività, non potendo essa svolgere nei confronti dell'agente alcuna valida funzione di orientamento.

Del tutto diverso il discorso da condurre in relazione ai fatti di reato pregressi: in questi casi il principio di irretroattività non rappresenta un limite logico all'applicabilità di quella disciplina già vigente al momento della commissione del fatto; pertanto, tra gli opposti interessi sottesi da un lato alla regola della decadenza del decreto legge non convertito *ex art. 77*, comma 3, Cost. e dall'altro a un incondizionato *favor rei*, destinato a soccombere è quest'ultimo.

Parimenti la questione va impostata nel caso di dichiarazione di incostituzionalità della *lex mitior*. La problematica deve infatti essere risolta, ancora una volta, rifacendosi alla *ratio* del principio di irretroattività della legge penale. Se essa è da individuarsi nella funzione di orientamento delle condotte umane propria della norma penale, sarebbe ultroneo assicurare incondizionatamente il trattamento più favorevole successivo ma incostituzionale. È sufficiente, piuttosto, che il reo «non possa venir sottoposto ad un trattamento più sfavorevole di quello ricavabile dalla legislazione penale vigente al momento in cui ha commesso il fatto»<sup>13</sup>. L'opposta soluzione non potrebbe rinvenire un aggancio costituzionale nemmeno nel principio dell'eguaglianza formale, se rettamente inteso. Come è noto, esso impone di trattare in modo eguale situazioni eguali, ma in modo diverso situazioni disuguali; cosicché appare senz'altro in linea con il disposto costituzionale una differenziazione del trattamento penale che tenga conto, alla luce della declaratoria di incostituzionalità, della legge vigente nel *tempus commissi delicti*. Viceversa, applicare la *lex mitior* benché incosti-

<sup>12</sup> In *Giur. cost.*, 1985, 238 ss., con osservazione a prima lettura di G. VASSALLI, *Decreti-legge favorevoli al reo non convertiti, emendati o decaduti: una prima tappa verso la chiarezza su un controverso tema di diritto transitorio*.

<sup>13</sup> M. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano 1969, 97.

tuzionale anche ai fatti commessi antecedentemente alla sua entrata in vigore rappresenterebbe un'irragionevole equiparazione nella disciplina di condotte oggettivamente diverse. È da dire che l'incostituzionalità, impedendo il verificarsi di una successione di leggi nel tempo, fa infatti venir meno quelle esigenze del *favor rei* sottese alla retroattività della norma più favorevole all'imputato, ossia l'ingiustificata disparità di trattamento di condotte eguali. Solo e limitatamente ai fatti commessi nella vigenza della *lex mitior* dichiarata illegittima è da applicarsi quest'ultima, rappresentando, nel *tempus commissi delicti*, l'unica efficace direttiva "cogente" del comportamento dei soggetti<sup>14</sup>.

Una soluzione di segno opposto sarebbe volta – forse – a circondare di garanzie ferree la posizione sostanziale e processuale dell'imputato, ma non rinverrebbe nel sistema costituzionale alcuna giustificazione. Tutt'altro: si realizzerebbe in tal modo una vera e propria violazione – sia pure temporalmente limitata – del principio di prevalenza gerarchica della Costituzione rispetto alle altre fonti. Di questo non sembra avvedersi quella dottrina penalistica a detta della quale la disciplina più favorevole, seppur dichiarata incostituzionale, dovrebbe comunque continuare ad applicarsi ai fatti commessi fino al giorno precedente la pubblicazione della decisione della Corte<sup>15</sup>. Sennonché, così ragionando si darebbe luogo a una indebita assolutizzazione del valore del *favor rei*, elevato alla massima potenza in danno di due diverse esigenze costituzionalmente garantite: quella sottesa agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., che sanciscono il primato del diritto comunitario; quella, di massimo rilievo, di cui agli artt. 134 e 136 Cost., che attribuiscono alla Corte costituzionale il compito di «"custodire" la tavola dei valori e l'insieme delle regole del gioco fondamentali – e, dunque, il sistema di limiti giuridici essenziali (Costituzione) – di un ordinamento dato»<sup>16</sup>. Lo scarto che così si realizzerebbe tra la teoria giuridica e l'effettività dell'ordinamento non può non suscitare gravi perplessità<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Analogamente F. MANTOVANI, *op. cit.*, 126 s.

<sup>15</sup> Così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 287; G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 88 ss.

<sup>16</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2001, 8.

<sup>17</sup> Su questi temi v. P. CIARLO, *Intervento*, in *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Seminario di studio A.I.C. (Messina, 23 febbraio 1996), Padova 1997, 121: «Qualsiasi gerarchizzazione o ipostatizzazione di una scala valoriale oltre ad essere rischiosa in quanto espone a derive olistiche ed integralistiche, si mostra anche inadeguata perché la sua rigidità fatalmente creerebbe degli scarti tra i valori assunti e l'effettività dell'ordinamento». Sull'intraducibilità dei valori e dei principi costituzionali in un sistema gerarchicamente pietrificato v. L. MENGONI, *op. cit.*, 121 ss.

Il rapporto tra il cittadino e lo Stato non può essere risolto attraverso una rappresentazione del *favor rei* in termini rigidamente assiomatici. Da costituzionalisti dobbiamo invece essere consapevoli che, dietro opzioni teorico-ideologiche che a prima vista sembrano volte a implementare le garanzie del singolo, si celano assai spesso operazioni che producono conseguenze diverse. Il rischio concreto è quello di tradire lo spirito del principio che si invoca, la *ratio* della disposizione costituzionale in cui è incardinato e, con essi, il valore superiore del testo costituzionale nel suo essere “legge fondamentale”, limite alle maggioranze politiche che di quel principio vogliono fare un uso di parte, o addirittura *ad personam*.

4. Come accennato, la soluzione dogmaticamente corretta è avvalorata dall’analisi del fenomeno delle cosiddette leggi *ad personam*, attraverso le quali il legislatore sembrerebbe operare *in fraudem* al principio di eguaglianza. In questa sede non interessano le vicende contingenti che i singoli atti normativi sarebbero volti a risolvere. Quel che invece preme sottolineare sono gli effetti sistemici “perversi” che, insieme alla lettura dell’art. 25, comma 2, Cost. che qui si è criticata, essi sono in grado di produrre.

Il nome identifica tanto l’oggetto quanto la finalità dell’atto normativo: si tratta di «leggi formalmente generali ed astratte, ma modulate su specifici casi giudiziari, come è agevole sospettare ma non provare»<sup>18</sup>. La nozione di legge “personale” non è del tutto nuova. Mortati, ad esempio, le definiva leggi «prescriventi eccezioni a favore o a danno di un singolo soggetto o di un gruppo di soggetti determinati (alle quali si dà anche il nome di “privilegi”, o “favorevoli” o “odiosi”)»<sup>19</sup>. Ma già l’illustre Autore rimarcava «l’insufficienza del contrassegno che si vorrebbe desumere dal loro riferirsi a singoli soggetti», perché dietro provvedimenti che in apparenza possono sembrare generali spesso si celano disposizioni che si riferiscono concretamente «a uno o più soggetti determinati o determinabili»<sup>20</sup>. La legislazione degli ultimi anni ne fornisce numerosi esempi: oltre alla nuova disciplina del “falso in bilancio” (d.lgs. n. 61 del 2002), la cosiddetta “legge Cirami” (l. n. 248 del 2002), la legge sulle rogatorie internazionali (l. n. 367 del 2001), il “lodo Schifani” (art. 1, l. n. 140 del 2003), già dichiarato incostituzionale dalla Corte nella sent. n. 24 del 2004. In

<sup>18</sup> A. PUGIOTTO, *La parabola della legge sulle rogatorie internazionali (e la sua morale)*, in *Studium iuris*, 2003, 708.

<sup>19</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo I, Padova 1975, 307 s.

<sup>20</sup> *Ibidem*, 308.

particolare la riforma dei reati societari appare, a un tempo, tanto attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza di governo, e quindi atto normativo generale e astratto, quanto legge "su misura", «varata mentre era in corso più di un procedimento penale per falso in bilancio nei confronti dello stesso Presidente del Consiglio, di persone a lui vicine e di altri personaggi di primissimo piano nella vita economica e politica del Paese»<sup>21</sup>.

Se si tratta di un «vizio antico della classe politica italiana»<sup>22</sup>, diversa è – però – la valenza qualitativa che esso ha attualmente assunto: non consistendo più nella produzione di «atti di diritto pubblico in cambio di favori *sibi et suis*», ma di atti di diritto pubblico direttamente *sibi et suis*<sup>23</sup>. Come è stato osservato, la trasformazione che così si realizza è di grande rilievo, perché il principio violato non è più il solo «divieto di simonia», ma anche quello della «buona fede legislativa»: entrambi sono specificazioni di quel divieto di mandato imperativo, «il quale, a sua volta, non è che la forma moderna con cui il costituzionalismo liberale ha ribadito l'idea, molto più antica, della distinzione tra il bene pubblico e generale e gli interessi privati dei governanti»<sup>24</sup>. Le dinamiche che vengono innescate dal sospetto di un uso personalistico dello strumento legislativo, aggravato da una «degenerazione iper-maggioritaria delle procedure parlamentari»<sup>25</sup> nell'approvazione delle leggi di cui si discute, producono tensioni non trascurabili a carico delle istituzioni democratiche, nella forma di un «cortocircuito tra politica, istituzioni e legge»<sup>26</sup>.

Il *vulnus* arrecato a uno dei cardini dello Stato di diritto, ossia la sottoposizione alla legge dei detentori del potere politico, suggerisce un ripensamento nel modo di intendere gli istituti di garanzia che, in ossequio al *favor libertatis*, erano stati congegnati per difendere il cittadino dagli abusi dei governanti. Essi sono oggi sottoposti a una "stiratura" che falsa il senso della loro applicazione, come avverrebbe se la *lex mitior* incostitu-

<sup>21</sup> E. DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 57.

<sup>22</sup> A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 708.

<sup>23</sup> M. DOGLIANI, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova 2004, 223.

<sup>24</sup> M. DOGLIANI, *op. cit.*, 223. Nello stesso senso v. A. MANZELLA, *Il giudice à la carte*, in *la Repubblica*, 31 luglio 2002.

<sup>25</sup> A. DEFFENU, *La degenerazione iper-maggioritaria delle procedure parlamentari nell'iter di approvazione della "legge Cirami"*, in F. CAPRIOLI (a cura di), *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Torino 2003, 15 ss.

<sup>26</sup> A. DEFFENU, *op. cit.*, 21.

zionale dovesse applicarsi ai reati commessi antecedentemente alla sua entrata in vigore, divenendo lo strumento calibrato sul quale fondare l'impunità *ad hoc* per ben individuati fatti pregressi<sup>27</sup>.

La corretta comprensione di queste dinamiche accredita la soluzione preferibile a livello ermeneutico e compatibile sia con il testo costituzionale che con il sistema penale. Nessun valore, nemmeno quello "aureo" garantistico, può essere di per sé assunto in una valenza assoluta quando ciò si risolve in una lesione di altri valori costituzionali. L'utilizzo di parte cui in tal modo esso si presterebbe deve invece ricordarci che «tutta la storia del costituzionalismo moderno non è altro che la prosecuzione di una storia più antica: la storia del tentativo di sostituire [...] alla materialità del potere di qualcuno l'astrattezza della regola di tutti»<sup>28</sup>. Una lettura di segno diverso varrebbe a introdurre, altrimenti, una disfunzione ordinamentale di rilievo, perché sarebbe consentito a un legislatore "spregiudicato" di operare formalmente in via generale e astratta, ma al fine di intervenire su casi particolari, producendo concreti risultati applicativi che rimarrebbero acquisiti e intangibili nonostante la legge da cui essi traggono origine sia stata dichiarata incostituzionale.

---

<sup>27</sup> V. E. DOLCINI, *op. cit.*, 57.

<sup>28</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994, 344.