

# PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA PENALE (DIRITTO PENALE SOSTANZIALE)

GIURISPRUDENZA SISTEMATICA  
(Aggiornato al settembre 2013)

a cura di Vittorio Manes

## 1. Introduzione. L'evoluzione della "Costituzione penale" e l'impatto delle Carte (e delle Corti) sovranazionali

## 2. Il principio di legalità del reato e della pena

### 2.1. Il principio di irretroattività della norma penale

*2.1.1. Il principio di irretroattività delle pene, tra Costituzione e CEDU: in particolare, il regime delle misure di sicurezza e delle sanzioni a contenuto punitivo-afflittivo*

### 2.2. Il principio di retroattività della norma penale più favorevole

*2.2.1. Il principio di retroattività della lex mitior tra Costituzione e Convenzione europea: la questione della disciplina transitoria della prescrizione alla luce della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia*

### 2.3. Il principio di tassatività e determinatezza

*2.3.1. L'utilizzo di formule descrittive "esemplificative" o "sintetiche", di clausole generali e concetti elastici*

*2.3.2. Concetti legali e necessaria verificabilità empirica*

*2.3.3. Le interazioni tra principio di determinatezza e altri principi*

*2.3.4. Il divieto di analogia in materia penale*

### 2.4. Il principio di riserva di legge

*2.4.1. Riserva di legge e atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti legge)*

*2.4.2. Riserva di legge e fonti comunitarie*

*2.4.3. Riserva di legge e fonti regionali*

*2.4.3.1. Il fondamento del monopolio punitivo statale*

2.4.3.2. L'estensione della riserva di legge rispetto alle fonti regionali: le vicende costitutive, modificative ed estintive della punibilità

2.4.3.3. Riserva di legge e fonti regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Il concetto di "ordinamento penale" [art. 117, secondo comma, lett. l), Cost.]

2.4.3.4. (segue): L'ambito di competenza in materia di sanzioni amministrative

2.4.3.5. (segue) L'ambito di competenza statale in relazione al concetto di "ordine pubblico e sicurezza" [art. 117, comma secondo, lett. h), Cost.]

2.4.3.5. Legislazione regionale e spazi di possibile incidenza in materia penale: "integrazione tecnica" ed "effetti indiretti"

#### 2.4.4. *Riserva di legge e fonti subordinate*

2.4.4.1. Il criterio della "sufficiente specificazione legale" dell'incriminazione

2.4.4.2. (segue) Le fattispecie centrate sull'inosservanza dei provvedimenti amministrativi (e, più in generale, le cc.dd. norme penali in bianco)

#### 2.4.5. *Riserva di legge e margini di intervento della Corte costituzionale: il divieto di pronunce additive in malam partem*

2.4.5.1. (segue) Il sindacato sulle cc.dd. "norme penali di favore"

#### 2.4.6. - *Riserva di legge e "diritto giurisprudenziale"*

### **3. Il principio di colpevolezza**

3.1. L'evoluzione interpretativa sull'art. 27, comma 1, Cost., e il principio della responsabilità personale e colpevole

3.2. Il collegamento psichico tra agente e "nucleo significativo della fattispecie" e la sua necessaria rimproverabilità

3.3. *Il principio di colpevolezza come criterio interpretativo*

### **4. I principi di materialità e offensività**

4.1. Il principio di offensività come criterio di controllo sui contenuti (e/o gli oggetti di tutela) delle fattispecie penali

4.1.1. (segue) *Il principio di proporzionalità e il principio di sussidiarietà: il margine di valutazione sull'idoneità/adequatezza della sanzione penale e sulla scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa*

4.2. Il principio di offensività come criterio di controllo sulle tecniche di (anticipazione della) tutela: i reati di pericolo presunto e il limite della "manifesta irrazionalità"

4.3. Offensività e illegittimità delle tipologie punitive (o aggravatrici) esclusivamente fondate su condizioni o qualità personali ("reati d'autore")

- 4.4. Il principio di offensività come “canone interpretativo universalmente accettato”

## **5. Il principio di ragionevolezza in materia penale**

- 5.1. Il principio di ragionevolezza-eguaglianza e le incriminazioni direttamente contrastanti con il nucleo forte dell’art. 3, comma 1, Cost.
- 5.2. Il principio di ragionevolezza-eguaglianza con riferimento al trattamento sanzionatorio
- 5.3. Il principio di proporzione tra disvalore del reato e pena
- 5.4. Principio di ragionevolezza e presunzioni in materia penale (in particolare, le presunzioni di pericolosità ed altre previsioni legislative rigide)

## **6. Il principio della finalità rieducativa della pena**

- 6.1. L’adesione alla c.d. “concezione polifunzionale della pena” e il ruolo “circoscritto” del principio rieducativo
- 6.2. La valorizzazione della finalità rieducativa oltre la fase esecutiva
- 6.3. Il bilanciamento tra le diverse finalità della pena “nei limiti della ragionevolezza”
- 6.4. Le diverse implicazioni del principio rieducativo nella fase legislativa e della commisurazione della pena: in particolare, il “divieto di previsioni sanzionatorie rigide” ed il divieto di meccanismi presuntivi vincolanti il giudice in fase commisurativa
- 6.5. Finalità rieducativa ed esecuzione della pena
  - 6.5.1. *Premessa: nozione di rieducazione*
  - 6.5.2. *Individualizzazione della pena, progressività nel trattamento penitenziario e divieto di automatismi*
  - 6.5.3. *La sospensione condizionale della pena*
  - 6.5.4. *Le misure alternative alla pena detentiva (o alla pena pecuniaria) e i benefici penitenziari*
  - 6.5.5. *La liberazione condizionale*
  - 6.5.6. *La grazia*
  - 6.5.7. *La legittimità di trattamenti differenziati: la posizione del minore*
  - 6.5.8. *Le ulteriori interazioni tra finalità rieducativa ed altri parametri costituzionali*

## 1. Introduzione. L'evoluzione della "Costituzione penale" e l'impatto delle Carte (e delle Corti) sovranazionali

1.1. La Costituzione italiana presenta diverse disposizioni precipuamente dedicate ai profili sostanziali della materia penale, la cui articolazione sistematica ha consentito di trarre una ricca messe di principi garantistici sviluppati per definire presupposti, contenuto e limiti della potestà punitiva: taluni sono principi espressi (il principio di legalità, nei fondamentali corollari della riserva di legge e dell'irretroattività, previsti all'art. 25, comma 2, Cost.; il principio della personalità della responsabilità penale, scolpito dall'art. 27, comma 1, Cost.; il divieto di pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità e il principio della finalità rieducativa della pena, indicati nell'art. 27, comma 3, Cost.), altri sono principi implicitamente ricavati da costrutti argomentativi più o meno complessi (il principio di tassatività/determinatezza; il principio di retroattività della legge penale più favorevole; i principi di materialità ed offensività, come pure il principio di sussidiarietà o extrema ratio), altri ancora sono principi generali del sistema – o "grandi principi costituzionali di carattere generale", per usare la terminologia di Vassalli<sup>1</sup> - che però trovano, in materia penale, puntuali e peculiari declinazioni (così i principi di eguaglianza, di proporzione e di ragionevolezza).

Questi principi, pur con intensità graduale e differente, hanno visto progressivamente affinare ed arricchire il proprio contenuto di garanzia, trovando affermazioni più o meno esplicite e perentorie nelle diverse sentenze della Corte: taluni sono stati affermati in concreto come "norme invalidanti", ed hanno visto riconoscere la propria "giustiziabilità" in decisioni di accoglimento, maturando – secondo una diffusa terminologia - efficacia autenticamente dimostrativa (così – solo a titolo di esempio - il principio di tassatività, alla luce del quale è stata dichiarata l'illegittimità del delitto di "Plagio" previsto all'art. 603 c.p. con la **sentenza n. 96 del 1981**; così pure il principio di colpevolezza, che ha condotto alla dichiarazione di parziale illegittimità dell'art. 5 c.p. nei termini della celebre **sentenza n. 364 del 1988**); altri hanno mantenuto una valenza per lo più argomentativa, o di semplice indirizzo politico, ed in quanto "criteri informativi di politica criminale" la loro violazione è stata riconosciuta dalla Corte censurabile, sostanzialmente, solo nei limiti del (più generale) criterio di ragionevolezza (è il caso del principio di sussidiarietà).<sup>2</sup>

Inoltre, ad alcuni principi si è riconosciuto uno statuto di inderogabilità, negando che possano essere esposti a bilanciamenti con eventuali interessi contrapposti, ancorché di rilievo costituzionale (così, ad esempio, le **sentenze n. 393 e 394 del 2006**, ma anche la **sentenza n. 236 del 2011** con riferimento al principio di irretroattività; così pure, in relazione al principio di colpevolezza, la **sentenza n. 322 del 2007**), altri, invece, sono ritenuti compatibili con deroghe "ragionevoli" (deroghe consentite – e frequenti - in relazione al principio di offensività, rispetto a presunzioni di pericolo non manifestamente irrazionali o arbitrarie, ossia rispettose dell'id quod plerumque accidit: **sentenze n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995**; ed ammesse altresì nei confronti del principio rieducativo, rispetto ad altre finalità che – nel singolo caso – il legislatore scelga di far prevalere, appunto "nei limiti della ragionevolezza": **sentenze n. 306 del 1993; n. 183 del 2001; n. 257 del 2006**), anche se in taluni casi si precisa altresì come sia necessario che le deroghe superino un "vaglio positivo di ragionevolezza", non essendo sufficiente un mero vaglio negativo di "non

<sup>1</sup> G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, XII.

<sup>2</sup> Sulla distinzione 'classica' tra principi informativi o di indirizzo, dotati di mera efficacia argomentativa, e principi dotati di capacità dimostrativa, «tale da farli assurgere al rango di norme costituzionali cogenti nella costruzione di tutte le leggi ordinarie e suscettibili di essere applicati autonomamente (senza l'ausilio di altri principi) dalla Corte costituzionale per caducare le disposizioni in contrasto con essi», si veda M. DONINI, voce *Teoria del reato*, Digesto/pen., XIV, 1999, § 6; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, 29 ss., 35.

manifesta irragionevolezza” (così, in particolare, nel caso delle deroghe ammissibili in relazione al principio della retroattività della *lex mitior*: ancora, **sentenze n. 393 del 2006; n. 72 del 2008; n. 236 del 2011**).<sup>3</sup>

Infine, i diversi principi che sono stati via via riconosciuti dalla Corte in materia penale – in linea generale - hanno come destinatario tanto il legislatore quanto il giudice, operando gli stessi sia quali canoni di corretta politica legislativa in materia penale, sia – conseguentemente - come parametri di verifica della legittimità costituzionale (pur nei termini e con i limiti accennati), sia come criteri ermeneutici volti a guidare la corretta esegesi del giudice ordinario, in sede di interpretazione adeguatrice (così, in particolare, per i principi di offensività e di colpevolezza, ma così pure per il principio di ragionevolezza/proporzionalità, ove si afferma che nel caso di previsione, entro una medesima norma, di fattispecie connotate da diverso disvalore, spetta «al giudice fare emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale»: ad es., **ordinanza n. 224 del 2011**).<sup>4</sup>

1.2. Una panoramica introduttiva impone altresì di ricordare che la Corte Costituzionale, sin dalla sua prima decisione (la **n. 1 del 1956**), ha ulteriormente precisato i confini della potestà punitiva rigorizzandone, volta a volta, i margini di ammissibilità e di legittimità al cospetto dei diversi diritti e libertà fondamentali che risultavano compressi o sacrificati dalla sanzione penale.

Del resto, proprio l’“approccio costituzionale” – che può dirsi metodo ampiamente condiviso, pur con diversità di accenti – a tutte le scuole penali, ha consentito alla giurisprudenza costituzionale di assicurare la “convivenza” tra il “codice Rocco” – un codice approvato sotto il regime fascista, nel 1930<sup>5</sup> – e la Costituzione democratica (entrata in vigore il 1° gennaio 1948), depurando via via le incrostazioni più autoritarie e le norme più marcatamente “liberticide” per rendere possibile il godimento dei diritti e delle libertà (di manifestazione del pensiero, di riunione o associazione, di sciopero, etc.) costituzionalmente garantiti.

In questa prospettiva, la Corte ha talvolta utilizzato lo strumento della **decisione interpretativa di rigetto** [così nella **sentenza n. 19 del 1962**, sull’art. 656 c.p., concernente il reato di “Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l’ordine pubblico”, con la quale si è affermato che la condotta assume rilevanza penale solo «quando questa (indipendentemente dall’intento dell’agente) sia idonea a porre in pericolo l’ordine pubblico», inteso nel senso di «ordine legale su cui poggia la convivenza sociale», ossia «come bene collettivo che non è dammeno della libertà di manifestazione del pensiero» (decisione sulla cui traccia si sono poste le **sentenze n. 199 del 1972 e n. 210 del 1976**, ma anche la **n. 15 del 1973**, concernente la contravvenzione di “Grida e manifestazioni sediziose”, prevista all’art. 654 c.p.); così pure nella **sentenza n. 65 del 1970**, concernente il delitto di apologia di reato, ove si è affermato che «l’apologia punibile ai sensi dell’art. 414, ult. comma, c.p., non è dunque la manifestazione di pensiero pura e semplice, ma quella che per le sue modalità integri comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti»]; altre volte la Corte ha utilizzato la **decisione di accoglimento parziale** di tipo “manipolativo” (come nella **decisione n. 108 del 1974**, con la quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione contenuta nell’art. 415 c.p., riguardante l’istigazione all’odio tra le classi sociali, «nella parte in cui non specifica che tale istigazione deve essere attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità»; ma così pure molte decisioni

---

<sup>3</sup> Un tale scrutinio positivo è stato giudicato, peraltro, una “novità assai appariscente” (D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, RIDPP, 2008, 1004 ss., 1035), e secondo le indicazioni che si traggono nelle citate decisioni costituzionali dovrebbe procedere secondo diverse fasi, imponendo di individuare, anzitutto, le ragioni poste dal legislatore alla base della norma impugnata, e poi di verificare, da un lato, la rilevanza costituzionale di dette ragioni, e dall’altro la congruenza con esse della norma impugnata.

<sup>4</sup> Peraltro, un richiamo a canoni di razionalità logica e sistematica nell’interpretazione si registra nella recente **sentenza n. 167 del 2012**.

<sup>5</sup> Da ultimo, cfr. gli Atti del Convegno dell’Associazione Bricola, “Gli ottant’anni del codice Rocco”; inoltre, F. C. PALAZZO, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2011, 349 ss..

intervenute nel settore dei “Delitti contro l’economia pubblica”, capo I del titolo VIII del libro II del codice penale, concernenti in particolare i delitti in materia di sciopero e serrata – prima presidio fondamentale dell’economia corporativa, poi divenuti insopportabili limitazioni rispetto al diritto riconosciuto all’art. 40 Cost. – come ad esempio le **decisioni n. 290 del 1974 e n. 165 del 1983**, rispettivamente concernenti le fattispecie di “Serrata e sciopero per fini non contrattuali”, art. 503 c.p., e di “Coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero”, art. 504 c.p., dichiarate illegittime nella parte in cui puniscono anche lo sciopero politico o a fine di coazione dell’Autorità «non diretto a sovvertire l’ordinamento costituzionale ovvero ad impedire o ostacolare il libero esercizio dei poteri legittimi nei quali si esprime la sovranità popolare»; analogamente la **sentenza n. 222 del 1975**; inoltre, la **sentenza n. 84 del 1969**, in relazione al reato di “Boicottaggio”, art. 507 c.p., dichiarato illegittimo – per contrasto con l’art. 21 Cost., quale “pietra angolare dell’ordine democratico” – nella parte in cui ricomprendeva nella sfera criminosa anche la «propaganda di puro pensiero e di pure opinioni»; altre volte ancora, infine, è intervenuta dichiarando l’**illegittimità tout court** della fattispecie, ravvisando una incompatibilità frontale e non altrimenti risolvibile con diritti costituzionalmente riconosciuti [così sin dalla prima, “storica” decisione, la **n. 1 del 1956**, con la quale fu dichiarata l’incostituzionalità – per contrasto con l’art. 21 Cost. – dell’art. 113 del t.u.l.p.s. del 1931 che richiedeva un’autorizzazione di polizia per distribuire volantini o affiggere manifesti, sanzionando penalmente la distribuzione o affissione non autorizzate; così pure, ancora nel settore dei delitti in materia di sciopero, la **sentenza n. 29 del 1960**, nella quale la Corte, dichiarando l’illegittimità dell’art. 502 c.p. che puniva “Serrata e sciopero per fini contrattuali”, ha statuito che «(...) anche a voler considerare la norma impugnata come isolata dal sistema dal quale e per il quale era sorta, è evidente il positivo contrasto che risulta dal suo raffronto col sistema nuovo; contrasto che deriva non già da un generico difetto di armonica correlazione, quale frequentemente si manifesta fra ogni ordinamento nuovo, rapidamente sopravvenuto, e quelle norme dell’antico di cui pur necessita la sopravvivenza; bensì da una incompatibilità specifica, che tocca una correlazione essenziale. Da un lato si ha l’art. 39 Cost., il quale esprimendo un indirizzo nettamente democratico, dichiara il principio della libertà sindacale; dall’altro l’art. 502 c.p., cioè una norma che negava quella libertà»].<sup>6</sup>

1.3. L’“approccio costituzionale”, dunque, ha messo progressivamente in evidenza una serie di vincoli negativi per il legislatore penale, stabilendo gli equilibri e i confini delle scelte di politica criminale, che entro i confini in tal modo fissati restano sostanzialmente rimessi alla discrezionalità del legislatore.

In altri termini, la “fondazione costituzionale” dell’illecito penale ha avuto una indubbia fortuna nel ricavare dalla Costituzione una mappa dei limiti all’intervento penale, senza però giungere a desumerne indicazioni univoche e perentorie quanto ai contenuti delle singole opzioni incriminatrici (secondo le cadenze più stringenti della c.d. “teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico”, che pur ha trovato diversi riscontri nella giurisprudenza della Corte: infra, § 4.1.).

La scelta dei beni/interessi/valori suscettibili di tutela penale, così come la scelta sulle “tecniche di tutela” ammissibili, risulta, dunque, sostanzialmente affidata all’apprezzamento del legislatore, anche se non va trascurato come la Corte, in diverse occasioni, abbia sottolineato, da un lato, come l’impiego della sanzione penale sia giustificato solo al cospetto dell’esigenza di fronteggiare “una reale dannosità sociale” o – in chiave più stringente – dalla necessità di tutelare valori “di rilievo costituzionale”, in una logica di “intervento minimo” rispettosa delle istanze di sussidiarietà e di

---

<sup>6</sup> In non pochi casi, peraltro, la questione di costituzionalità, pur a fronte di un chiaro *vulnus*, è stata proposta solo dopo molto tempo, data la rara applicazione della norma: così, ad esempio, l’art. 271 c.p. che puniva le associazioni dirette a “deprimere il sentimento nazionale”, è stato dichiarato incostituzionale – solo con la **sentenza n. 243 del 2001**, per violazione della libertà di associazione garantita dall’art. 18 Cost. (dunque molto tempo dopo la questione che ha investito la fattispecie incriminatrice della propaganda antinazionale, art. 272, comma 2, c.p., dichiarata illegittima con la **sentenza n. 87 del 1966** per contrasto con l’art. 21 Cost.).

extrema ratio: così, nella **sentenza n. 364 del 1988** sull'art. 5 c.p., si è affermato che «il principio di “riconoscibilità” dei contenuti delle norme penali, implicato dagli artt. 73 co. 3 e 25 co. 2 Cost., rinvia (...) alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da essere percepite anche in funzione di norme “extrapenali” di civiltà” (...); analogamente, nella **sentenza n. 409 del 1989**, si è affermato che «il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve (...) circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (...) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante».

Al di là di queste fondamentali indicazioni, la stessa Corte ha peraltro chiarito che la discrezionalità nel fissare contenuto e struttura delle singole opzioni incriminatrici debba essere pur sempre valutata – oltre che nel prisma del più generale principio di ragionevolezza - nei margini imposti dal rispetto dei principi di materialità e di offensività: principi in grado di garantire comunque peculiari spazi di sindacato contenutistico sulla meritevolezza della singola scelta incriminatrice, che anche di recente hanno consentito di fissare taluni confini invalicabili alla libertà di scelta legislativa (infra, § 4).

Per quanto concerne, infine, i vincoli positivi di criminalizzazione imposti al legislatore ordinario – ovvero i c.d. obblighi costituzionali di tutela penale – in relazione a fatti violativi di valori particolarmente significativi, si ritiene che nella Costituzione italiana non ne emergano, se si eccettua la disposizione di cui all'art. 13, comma 4, Cost.,<sup>7</sup> che sembra imporre un preciso vincolo di previsione penale ove si stabilisce che “E’ punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”.<sup>8</sup>

A questo riguardo, la Corte ha sempre mantenuto una posizione rigorosamente restrittiva di fronte alle varie questioni nel corso degli anni proposte: solo a titolo di esempio, nella ordinanza n. 267 del 1999, di fronte ad una impugnativa che – inter alia - lamentava l'illegittimità di una depenalizzazione di talune infrazioni in materia ambientale adducendo la lesione dei principi costituzionali in tema di tutela dell'ambiente e della salute (art. 9 e 32 Cost.), i giudici hanno dichiarato la questione manifestamente infondata, “non potendosi invocare la protezione costituzionale di determinati interessi, in assenza di obblighi di penalizzazione ricavabili dalla Costituzione, come fondamento per la tutela penale a condotte che il legislatore, unico abilitato a individuare i reati e le pene, non abbia ritenuto di sottoporre a tale sanzione” (cfr., altresì, la sentenza n. 447 del 1998).

Oltre al caso accennato, la ricognizione degli obblighi di penalizzazione ricavabili dalla Costituzione appare ancora – a quanto consta - senza esiti: anche con riferimento allo specifico divieto contenuto nell'art. 18 comma 2° Cost. - concernente il divieto di associazioni segrete e di quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare - si nega che questo presupponga l'obbligo di previsione di una sanzione penale per l'eventuale trasgressione;<sup>9</sup> analogamente, per un accenno, concernente l'assenza di un obbligo di penalizzazione con specifico riferimento all'art. 52 Cost., si veda la **sentenza n. 409 del 1989**).

---

<sup>7</sup> Un obbligo di criminalizzazione espresso sembra più difficilmente ricavabile dalla disposizione di cui all'art. 21, comma 6, Cost., che impegna a “prevenire e reprimere” la violazione del divieto concernente le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume.

<sup>8</sup> Si tratterebbe dunque di un caso eccezionale di obbligo di criminalizzazione, dal quale potrebbe ricavarsi – secondo autorevole dottrina – l'illegittimità costituzionale di una norma che, in ipotesi, facesse venire meno l'incriminazione di cui all'art. 608 c.p. (abuso di autorità contro arrestati o detenuti): G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, 501 ss.; *amplius*, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, 2009, 98 ss.; ma sul punto, ampiamente, D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, RIDPP, 1983, 484 ss., 521 ss.

<sup>9</sup> In effetti, si è discusso circa il contenuto del divieto contenuto nell'art. 18 co. 2° Cost., ove si stabilisce che “Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare”.

Anche a fronte di beni/interessi/valori di sicuro rilievo costituzionale, del resto, le scelte in termini di sussidiarietà non possono essere sindacate (infra, § 4.1.1.) neppure quando si traducano nella preferenza per uno strumento di tutela diverso dalla sanzione penale (e, quindi, non in un eccesso bensì in un presunto difetto di tutela): così, «l'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge», posto che «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con diverse forme di precetti e sanzioni [...]; ché anzi l'incriminazione costituisce una extrema ratio, cui il legislatore ricorre quando [...] lo ritenga necessario per l'assenza o insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela» (**sentenza n. 447 del 1998**).

La questione degli obblighi costituzionali di tutela penale, che appare ormai affievolita sul piano interno, ha tuttavia suscitato crescente interesse sul versante sovranazionale, tanto con riferimento agli obblighi di tutela penale di matrice comunitaria, quanto con riferimento agli obblighi discendenti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in particolare, ma non solo, dagli artt. 2 e 3, concernenti, rispettivamente, il diritto alla vita e il divieto di tortura e di pene inumane o degradanti).

---

La questione ha guadagnato attualità di recente, a seguito dell'abrogazione, da parte dell'art. 2268, comma 1, n. 297, d. lgs. n. 66/2010 – contenente il nuovo “Codice dell'ordinamento militare” – del d. lgs. n. 43/1949, “Divieto di associazioni di carattere militare”, il quale sanzionava penalmente, all'art. 1, le “associazioni di carattere militare, le quali perseguono, anche indirettamente scopi politici”, comminando la reclusione da uno a dieci anni per i promotori, i costitutori, gli organizzatori o i dirigenti e la reclusione fino a diciotto mesi per i meri partecipanti alle associazioni vietate.

La scelta abrogativa ha suscitato vivaci polemiche politiche, essendo apparsa un ennesimo esempio di “legge penale *ad personam*”: al momento dell'approvazione del d. lgs. n. 66/2010, infatti, alcuni esponenti della colazione di maggioranza parlamentare, la Lega Nord, erano imputati proprio per il reato di associazione di carattere militare oggetto della legge abrogativa (per fatti riconducibili alla costituzione della “Guardia nazionale padana”, le c.d. camice verdi). Si iscrive in questo contesto l'ordinanza del Tribunale di Verona, 10 dicembre 2010 (atto di promovimento: n. 82 del 2011; pubblicata in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di M. SCOLETTA, *Reviviscenza di fattispecie illegittimamente abrogata? Il caso del reato di associazioni di carattere militare per scopi politici al cospetto della Corte costituzionale*), attualmente all'esame della Corte, che ha sollevato questione di illegittimità della disposizione abrogatrice per un triplice ordine di motivi: anzitutto si è lamentato il contrasto con l'art. 76 Cost. per “eccesso di delega” (in quanto la legge di delega – l. n. 246 del 2005 – non avrebbe attribuito al Governo alcun potere abrogativo); in secondo luogo si è prospettato il contrasto con l'art. 18, comma 2, Cost., ritenendo che a fronte del divieto costituzionalmente sancito in tale disposizione “la selezione degli interventi sanzionatori più adeguati (...) non può essere compiuta dal Governo senza una delega specifica sul punto”; infine, si è lamentata la violazione del principio di riserva di legge in materia penale (art. 25 co. 2° Cost.), in quanto la scelta di depenalizzazione del fatto sarebbe stata compiuta surrettiziamente dal Governo e non dal parlamento, unico titolare del monopolio sulle scelte incriminatrici.

Al di là della fondatezza dei rilievi – su cui in questa sede non compete intervenire – è lo stesso giudice rimettente, per quanto qui maggiormente interessa, che riconosce come l'art. 18, in realtà “non imponga la previsione di una sanzione e, men che meno di una sanzione penale” (pur denunciando che per effetto dell'abrogazione “la condotta, pur vietata dalla Costituzione, diviene lecita per l'ordinamento penale, non essendo sanzionata da altre norme penali” e ritenendo – come accennato – che “proprio il fatto che il divieto di costituire associazioni con struttura militare che perseguono scopi politici sia fissato dalla costituzione comporta che la scelta di sanzionare o meno quel divieto e la selezione degli interventi sanzionatori più adeguati tanto più non può essere compiuta dal Governo senza una delega specifica sul punto”).

Essendo tuttavia stata emanata, nelle more del giudizio, il d. lgs. n. 213 del 2010 che – sempre in attuazione della delega conferita con la l. n. 246 del 2005 - reitera l'effetto abrogativo del d. lgs. n. 43 del 1948, con ordinanza n. 296 del 2011 la Corte costituzionale ha restituito al giudice remittente gli atti per *ius superveniens*, spettando a questi la valutazione circa la perdurante rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni sollevate.

In dottrina, peraltro, non manca chi riconosce nella disposizione dell'art. 18 co. 2° Cost. un “obbligo costituzionale espresso di incriminazione”: così M. GAMBARELLA, *Abrogazione del reato di associazione militare per scopi politici e obblighi costituzionali espressi di incriminazione*, in *Cass. pen.*, 2010, 3727 ss.

1.4. Proprio in quest'ultima prospettiva, infine, la trama dei principi costituzionali, e la loro articolazione alle libertà fondamentali, ha tratto ulteriore linfa dall'arricchimento garantistico assicurato dalle fonti sovranazionali, e dalla giurisprudenza delle Corti europee, a più riprese richiamate specie in talune recenti decisioni (**sentenze nn. 348 e 349 del 2007; n. 196 del 2010; n. 80 del 2011**) che hanno valorizzato le diverse clausole di adeguamento e di rispetto degli accordi internazionali (artt. 10, 11 e 117 Cost.) per trarne le ricadute consequenziali anche in materia penale: ne sono state tratte indicazioni fondamentali – ad esempio - circa il rango da riconoscere a taluni principi (come ad esempio il principio dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole: **sentenze n. 393 del 2006 e n. 236 del 2011**), ovvero circa l'ampliamento del campo di applicazione dei principi stessi (così, in particolare, la **sentenza n. 196 del 2010**, con la quale, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, si è riconosciuto come la garanzia dell'irretroattività debba abbracciare qualsiasi sanzione a contenuto afflittivo, a prescindere dalla denominazione formale di "pena").

I principi costituzionali in materia penale, dunque, stanno attraversando una fase di profonda rimediazione e di rinnovamento alla luce delle fonti sovranazionali, e del ricchissimo contributo offerto dalle diverse Carte dei diritti (la Carta di Nizza e la Cedu) e dalle diverse Corti (specie la Corte di Strasburgo), a dimostrazione di un circolo virtuoso che contribuisce ad alimentare le "tradizioni costituzionali comuni".

## **2. Il principio di legalità del reato e della pena**

Dalla disposizione concernente il principio di legalità in materia penale – ossia l'art. 25, comma 2, Cost. - la giurisprudenza costituzionale ha tratto molti corollari, via via arricchiti ed ulteriormente profilati nel corso del tempo: da un lato, tra i contenuti "storici" del *nullum crimen*, il principio di irretroattività (§ 2.1) e i principi di tassatività e determinatezza (§ 2.3); dall'altro, il principio di riserva di legge con le sue diverse implicazioni (§ 2.4), sul fronte della decretazione delegata e della decretazione d'urgenza, delle fonti comunitarie (e sovranazionali), delle fonti subordinate.

Ne discende dunque – in estrema sintesi - che il precetto penale, e la relativa sanzione, debbano trovare fonte in una previsione legislativa entrata in vigore anteriormente al fatto commesso (ed adeguatamente pubblicizzata per garantirne la conoscibilità in capo ai destinatari: art. 73, comma 3, Cost.), debbano essere formulati con precisione e con pregnanza descrittiva rispetto a dati empiricamente verificabili, e debbano altresì essere applicati tassativamente ai casi indicati, con relativo divieto di estensione analogica in capo al giudice.

Peraltro, la peculiare formulazione dell'art. 25, comma 2, Cost. ("Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso") ha offerto spunto per radicare altre e diverse garanzie contenutistiche, segnatamente i principi di materialità ed il principio di offensività dell'illecito penale (quest'ultimo, peraltro, attraverso un costrutto concettuale articolato anche ad altre disposizioni: *infra*, § 4).

Viceversa, a tale disposizione si ritiene non riconducibile il principio della retroattività della legge penale più favorevole: nondimeno, la sua quotazione costituzionale – secondo un consolidato orientamento della Corte, ribadito anche di recente - sarebbe garantita dall'art. 3, comma 2, Cost. (con tutte le ricadute consequenziali in termini di ammissibilità di "deroghe ragionevoli": *infra*, § 2.2).

### **2.1. Il principio di irretroattività della norma penale**

Il principio di irretroattività del reato e della pena, che - oltre a trovare una vasta eco di riferimenti espressi nelle diverse Carte dei diritti sovranazionali (art. 49, comma 1, Carta dei diritti dell'UE; art. 7 Convenzione europea dei diritti dell'uomo; art. 15, comma 1, Patto internazionale sui diritti civili e politici) - trova esplicito e specifico riconoscimento sia a livello costituzionale (art. 25, comma 2, Cost.) che a livello codicistico (art. 2 c.p.), rappresenta - nelle parole della Corte - un "fondamentale principio di civiltà giuridica" (**sentenza n. 148 del 1983**), ed "un essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale" (**sentenza n. 394 del 2006**, e, su quella traccia, **n. 236 del 2011**).

Infatti, «avuto riguardo anche al fondamentale principio di colpevolezza ed alla funzione preventiva della pena, desumibili dall'art. 27 Cost., ognuno dei consociati deve essere posto in grado di adeguarsi liberamente o meno alla legge penale, conoscendo in anticipo - sulla base dell'affidamento nell'ordinamento legale in vigore al momento del fatto - quali conseguenze afflittive potranno scaturire dalla propria decisione: aspettativa che sarebbe per contro, manifestamente frustrata qualora il legislatore potesse sottoporre a sanzione criminale un fatto che all'epoca della sua commissione non costituiva reato, o era punito più severamente» (così ancora - richiamando la **sentenza n. 364 del 1988** - la **sentenza n. 394 del 2006**).

Si è peraltro affermato che nella formulazione del secondo comma dell'art. 25 Cost. trovi riscontro il principio in esame «in tutte le sue espressioni: e cioè, non soltanto con riferimento alla nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza represso» (**sentenze n. 394 del 2006** e **n. 236 del 2011**).

In questi termini, è stato altresì precisato che il divieto di retroattività della norma incriminatrice - ricevendo una "tutela privilegiata" rispetto, in particolare, al principio della *lex mitior* (**sentenza n. 393 del 2006**: infra, § 2.2.1) - si connota come inderogabile, ossia «come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» (in questi termini, ancora, la **sentenza n. 394 del 2006**).

Così, ad esempio, «la circostanza che una determinata norma, di rilievo penalistico, sia contraria a Costituzione, non può comunque comportare - come conseguenza della sua rimozione da parte della Corte - l'assoggettamento a pena, o a pena più severa, di un fatto che all'epoca della sua commissione risultava, in base alla norma rimossa, penalmente lecito o soggetto a pena più mite: derivandone, per tale aspetto, un limite al principio della privazione di efficacia della norma dichiarata costituzionalmente illegittima, enunciato dall'art. 136, primo comma, Cost. e dall'art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 [...]» (sulla traccia della **sentenza n. 148 del 1983**, si veda ancora la **sentenza n. 394 del 2006**).

### *2.1.1. Il principio di irretroattività delle pene, tra Costituzione e CEDU: in particolare, il regime delle misure di sicurezza e delle sanzioni a contenuto punitivo-afflittivo*

Se è pacifico che il principio di irretroattività ricomprende non solo la previsione concernente il reato ma anche quella relativa alla pena (ed alla stessa sanzione amministrativa, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della l. n. 689 del 1981), dalla "formulazione non omogenea" dei commi secondo e terzo dell'art. 25 Cost. si ritiene che la Costituzione non imponga una soluzione analoga per quanto concerne, in particolare, le misure di sicurezza, ed il relativo regime intertemporale.

Al riguardo, si è affermato che l'art. 25, comma 3, Cost. - il quale si limita a stabilire che "nessuno può essere sottoposto a misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge" (infra, § 2.4.) - «lascia ferma nell'ordinamento la disposizione dell'art. 200 del Codice penale, in forza della quale "le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione"; cioè non da un imperativo giuridico anteriore al fatto punibile, ma da quelle disposizioni che via via

l'ordinamento riconoscerà più idonee ad una efficace lotta contro il pericolo criminale» (**sentenza n. 53 del 1968**).

La Corte, peraltro, ha chiarito che «A giustificare [...] la ritenuta retroattività delle misure di sicurezza, con riguardo soprattutto a quelle di natura personale, è la finalità, loro propria, di assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale, finalità che potrebbe richiedere che il legislatore, sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate, preveda che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità). In altri termini, tale retroattività risulta connaturata alla circostanza che le misure di sicurezza personali costituiscono strumenti preordinati a fronteggiare uno stato di accertata pericolosità; funzione che esse assolvono con i mezzi che dalle differenti scienze, chiamate specificamente a fornirli, potranno essere desunti» (**sentenza n. 196 del 2010**).

Nondimeno, la Corte ha puntualizzato che (la ammissibilità de) il regime della retroattività presupponga pur sempre «un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti»: ciò al fine di impedire, in particolare, «che risposte di segno repressivo, e, quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene» (**sentenza n. 196 del 2010**).

In questa prospettiva, la Corte ha espressamente richiamato, facendolo proprio, l'indirizzo giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, formatosi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, e declinato sul principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo – a prescindere dalla loro “etichetta formale” - devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto (in quanto riconducibili al concetto “sostanziale” di “materia penale”, sulla base dei peculiari criteri enucleati dalla Corte EDU, segnatamente focalizzati sulla “natura dell'illecito” e sulla “gravità della sanzione”).

Una diversa soluzione, del resto, profilerebbe un contrasto con l'obbligo di adeguamento alle norme convenzionali, censurabile – in base alle già richiamate **decisioni nn. 348 e 349 del 2007** – ai sensi dell'art. 117 Cost.

Il problema è stato affrontato nella recente **sentenza n. 196 del 2010**, con riferimento alla ipotesi speciale di confisca dell'autoveicolo introdotta per la più grave ipotesi di reato di guida in stato di ebbrezza, applicabile in via retroattiva grazie al rinvio - operato mediante richiamo espresso all'art. 240 c.p. - alla disciplina delle misure di sicurezza, [art. 186, co. 2, lett. c), del d. lgs. n. 285 del 1992 (Nuovo codice della strada), come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 92 del 2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza), convertito, con modif., nella l. n. 125 del 2008].<sup>10</sup>

Nella decisione, la Corte, ha anzitutto condiviso le valutazioni del giudice remittente, ampliandole con ulteriori considerazioni, per mettere in luce - “al di là della sua qualificazione formale” – la funzione sanzionatoria e repressiva - e non già meramente preventiva - della misura ablativa in esame (posto che – inter alia – la stessa è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile, e che la sua operatività non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva, sicché la misura stessa non sarebbe finalizzata a neutralizzare la situazione di pericolo per cui la prevenzione è stata concepita). Su tali basi, ravvisato dunque il contrasto con l'art. 117 Cost. con riguardo ai profili

---

<sup>10</sup> La norma, nel testo novellato dall'art. 4, comma 1, lett. b), del d.l. n. 92 del 2008, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della l. n. 125 del 2008, prevede che sia «sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato», in caso di condanna tanto per la fattispecie criminosa di guida in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche, purché sia stato accertato a carico del conducente un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro di sostanza ematica [art. 186, comma 2, lett. c), codice della strada], quanto per la fattispecie criminosa (art. 187 del codice della strada) di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti.

segnalati, e ritenuta impercorribile una soluzione adeguata mediante interpretazione conforme, ha dichiarato la parziale illegittimità della norma (limitatamente «alle sole parole “ai sensi dell’art. 240, secondo comma, del codice penale”, dalle quali soltanto deriva l’applicazione retroattiva della misura in questione»).

## 2.2. Il principio di retroattività della norma penale più favorevole

A differenza del principio di irretroattività, il principio della retroattività della legge più favorevole (o principio della *lex mitior*) – espressamente sancito a livello codicistico (art. 2 c.p.) – non ha trovato “copertura”, a livello costituzionale, nella disposizione dell’art. 25, comma 2, ma è stato nondimeno riconosciuto quale proiezione del principio di eguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.), «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’abolitio criminis o la modifica mitigatrice» (**sentenza n. 394 del 2006**).

Nonostante la Corte, in diverse occasioni, abbia considerato e sottolineato con vigore il progressivo consenso europeo ed internazionale circa il principio in parola (richiamando, in particolare, l’art. 49, comma 1, seconda parte, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, l’art. 15, comma 1, terza parte, del Patto internazionale dei diritti civili e politici, e, su quella traccia, la recente e ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, giunta a riconoscerlo come “principio generale dell’ordinamento comunitario”, che fa parte delle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”: CGCE, 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, 391/02, 403/02, Berlusconi e altri; CGCE, 11 marzo 2008, C-420/06, Jager; da ultimo, CGCE, 28 aprile 2011, C-61/11, El Dridi), si è anche di recente ribadito che la diversa collocazione costituzionale segnalata implica che il principio in parola «non riceve nell’ordinamento la tutela privilegiata di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.» (**sentenza n. 393 del 2006**), né gode della inderogabilità a quest’ultimo riconosciuto.

Tale diverso statuto, nella ricostruzione della Corte, viene del resto ricondotto anche a precise considerazioni contenutistiche, sottolineandosi che - rispetto al divieto di retroattività della norma penale – ben diversa sarebbe la ratio che ispira la retroattività della legge più favorevole. Quest’ultimo principio, in particolare, «non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l’ovvia ragione che [...] la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l’autore si era liberamente autodeterminato sulla base del peggior (e per lui meno favorevole) panorama normativo» (**sentenza n. 394 del 2006**), essendo piuttosto «legato [...] ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa, la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente ragionevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena». In questa prospettiva, il principio della *lex mitior* troverebbe fondamento sulla considerazione in base alla quale «se la valutazione del legislatore in ordine al disvalore del fatto muta – nel senso di ritenere che quel presidio non sia più necessario od opportuno; o che sia sufficiente un presidio meno energico – tale mutamento deve quindi riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore» (**sentenza n. 394 del 2006**).

Alla luce di queste considerazioni, si afferma peraltro che il collegamento con il principio di eguaglianza, oltre a costituire il fondamento del principio della retroattività in *mitius*, «ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni obiettivamente

ragionevoli» (**sentenza n. 394 del 2006**; in termini sostanzialmente analoghi, sul punto, anche le **sentenze n. 393 del 2006**; **n. 72 del 2008** e **n. 236 del 2011**); ove cioè il limite di operatività introdotto per legge ordinaria sia giustificato dalla tutela di «interessi di analogo rilievo» (in questi termini, si vedano ancora le decisioni da ultimo citate).

Peraltro, si è ancora precisato che le deroghe devono superare un «vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole» (**sentenza n. 393 del 2006**).

In questa prospettiva, risultano emblematiche le decisioni con cui la Corte Costituzionale ha affrontato le diverse impugnative concernenti la disposizione transitoria concernente l'operatività della nuova disciplina della prescrizione (art. 10, comma 3, della l. n. 251 del 2005), nel caso in cui il nuovo criterio di computo comportasse una riduzione dei termini prescrizionali.

Così, anzitutto, la **sentenza n. 393 del 2006** ha dichiarato l'illegittimità parziale della menzionata disposizione con riferimento alla previsione concernente il limite dell'apertura del dibattimento di primo grado, discriminata ritenuta irragionevole perché non giustificata da controinteressi di rilievo significativo l'apertura del dibattimento non essendo «[...] in alcun modo idonea a correlarsi significativamente ad un istituto di carattere generale come la prescrizione, e al complesso delle ragioni che ne costituiscono il fondamento, legato al [...] rilievo che il decorso del tempo da un lato fa diminuire l'allarme sociale, e dall'altro rende più difficile l'esercizio del diritto di difesa» (in particolare, da un lato si è sottolineato come tale incumbente processuale sia eccentrico rispetto agli altri atti processuali cui l'art. 160 c.p. attribuisce rilevanza ai fini dell'interruzione del suo decorso; dall'altro, si è evidenziato come quella di cui all'art. 492 c.p.p. è cadenza che caratterizza il solo rito ordinario).

Viceversa, la **sentenza n. 72 del 2008** ha escluso l'illegittimità della previsione nella parte concernente il restante limite di operatività, fissato per i processi già pendenti in grado d'appello alla data di entrata in vigore della legge, ritenendo questo diverso limite assistito da ragionevolezza perché coerente con la funzione che l'ordinamento assegna all'istituto della prescrizione (atteso che, per un verso, la pronuncia della sentenza o del decreto penale di condanna rileva, ex art. 160 c.p., ai fini dell'interruzione della prescrizione, e che, per altro verso, garantisce l'esercizio del diritto di difesa, in quanto l'acquisizione del materiale probatorio è già avvenuta, di regola, in primo grado), e diretto a tutelare «interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti della funzione giurisdizionale)», anzitutto evitando la dispersione delle attività processuali già compiute.

*2.2.1. Il principio di retroattività della lex mitior tra Costituzione e Convenzione europea: la questione della disciplina transitoria della prescrizione alla luce della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia*

Con la **sentenza n. 236 del 2011**, la Corte è stata chiamata ad una ulteriore pronuncia sul tema dei rapporti tra disciplina transitoria della prescrizione e principio della retroattività in mitius, in replica ad una questione ripresentata, in realtà, alla luce di una ritenuta violazione dell'art. 117 Cost., con precipuo riferimento all'obbligo di adeguamento alle fonti internazionali e, segnatamente, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte EDU (fonte riconosciuta, come accennato, quale «parametro interposto di legittimità costituzionale» con le citate **sentenze nn. 348 e 349 del 2007**, sostanzialmente ed ulteriormente confermate, di recente, con la **sentenza n. 80 del 2011**).

Tale nuova prospettiva è apparsa, in particolare, dischiusa dalla decisione della Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, che – anche alla luce delle fonti sovranazionali ed europee segnalate – per la prima volta ha affermato il principio dell'applicazione retroattiva della lex mitior come corollario implicito dell'art. 7 CEDU.

Nel percorso argomentativo della decisione Scoppola c. Italia, come noto, la Corte ha registrato «un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale».

Rilevato che «è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata», la Corte ha affermato - qui la ratio decidendi - che «infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive».

Anche muovendo da questa nuova prospettiva, tuttavia, la Corte ha dichiarato infondata la questione, ritenendo, anzitutto, che dalla sentenza Scoppola c. Italia non emergessero indicazioni circa la inderogabilità del principio della lex mitior, e ravvisando, viceversa, in talune affermazioni della pronuncia, indicazioni in senso contrario, inclini a suggerire la legittimità di una modulazione del principio a fronte di ipotesi peculiari.

In particolare, a parere della Corte la pronuncia dei giudici di Strasburgo - oltre ad enunciare espressamente il "giudicato" come limite comunque invalicabile dalla retroattività della lex mitior - induce a ritenere, «anche se in modo non inequivoco», «che il principio di retroattività della norma più favorevole sia normalmente collegato all'assenza di ragioni giustificative di deroghe o limitazioni. Si legge infatti nella sentenza che "infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della commissione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo" e che "ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive". Ma, se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti».

Secondo la lettura che la Corte costituzionale ha dato della sentenza Scoppola c. Italia, dunque, anche nella prospettiva convenzionale, in definitiva, si ricaverebbe una precipua declinazione del principio in esame secondo uno schema regola/eccezione: se, infatti, «secondo la Corte europea, la circostanza che un determinato fatto era previsto come reato dalla legge in vigore al momento della sua commissione ed era punito con una certa sanzione non può costituire, di per sé, valida ragione per giustificare l'applicazione di tale legge, ancorché successivamente abrogata o modificata in melius (...)» - perché ciò implicherebbe l'inflizione di pene che alla luce della rivalutazione legislativa sono ormai considerate eccessive - tale regola dovrebbe essere ribaltata nell'ipotesi - apparentemente eccezionale - in cui «vi sia una ragione diversa, che risulti positivamente apprezzabile», cosicché «la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo dovrebbe ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo, specie quando, come è avvenuto nel caso in esame, fattispecie incriminatrice e pena siano rimaste immutate».

In definitiva, la Corte italiana, nel caso di specie, non ha registrato alcun contrasto tra CEDU e Costituzione, né ha ravvisato, nelle pieghe della decisione Scoppola c. Italia, ragioni peculiari per discostarsi dal tradizionale paradigma di inquadramento della lex mitior, né ulteriori motivazioni per riesaminare il precedente bilanciamento tra interessi contrapposti; nella prospettiva tradizionale, del resto, sono state (ri-)valutate le deroghe che limitano la retroattività della lex mitior, e sono state ribadite le giustificazioni già adottate dalle precedenti sentenze - e segnatamente, dalla **sentenza n. 72 del 2008** - a favore della ragionevolezza dello sbarramento per i processi pendenti in appello e in Cassazione, ravvisandole nella tutela di interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo (ossia

la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale, oltre che nel più generale “principio di effettività del diritto penale”).

La Corte ha peraltro temprato la decisione di infondatezza ritenendo che lo stesso oggetto della quaestio legitimitatis – la disciplina della prescrizione – debba ritenersi eccentrico all’ambito operativo dell’art. 7 CEDU, posto che questo concerne secondo la giurisprudenza di Strasburgo – le sole «disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono»; il principio convenzionale, dunque, non coinciderebbe «con quello che vive nel nostro ordinamento ed è regolato dall’art. 2, quarto comma, c.p.», poiché «quest’ultimo infatti riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche in melius di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo, mentre il primo ha una portata più circoscritta, concernendo le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni».

In questa prospettiva, dunque, «è da ritenere – sempre secondo la Corte - che il principio di retroattività della lex mitior riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all’ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità».

Peraltro, e solo per inciso, va ricordato che importanti ricadute della menzionata sentenza Scoppola contro Italia sono state oggetto della **sentenza n. 210 del 2013**, con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 1, del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341 (Disposizioni urgenti per l’efficacia e l’efficienza dell’Amministrazione della giustizia), convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, ravvisando un contrasto tra tale norma e l’art. 7 CEDU, norma interposta ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost.

La norma impugnata – nel dichiarato intento di dare l’interpretazione autentica dell’art. 442, comma 2, cod. proc. pen. - era intervenuta a modificare il regime punitivo conseguente al rito abbreviato per i procedimenti concernenti reati punibili con l’ergastolo, stabilendo che la sostituzione della pena detentiva perpetua con la pena detentiva della “reclusione di anni trenta” (secondo la modifica introdotta con la l. n. 479 del 1999 in seno all’art. 442 cod. proc. pen.) dovesse intendersi riferibili ai soli casi di “ergastolo senza isolamento diurno”, precisando altresì che “Alla pena dell’ergastolo con isolamento diurno, nei casi di ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell’ergastolo”.

In sostanza, la Corte ha censurato la norma nella parte in cui la stessa operava retroattivamente, in relazione – più in particolare – alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola legge 16 dicembre 1999, n. 479 fossero stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio del 24 novembre 2000 (pubblicazione della Gazzetta Ufficiale), era entrato in vigore il citato decreto-legge n. 341 del 2000, con conseguente applicabilità del più sfavorevole trattamento previsto da tale decreto.

A fondamento della censura riscontrata con riferimento all’art. 117, primo comma, Cost. – e con riferimento al parametro interposto offerto dall’art. 7 CEDU – la Corte ha posto la menzionata decisione (Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia) con cui la Corte europea dei diritti dell’uomo aveva affermato la violazione della menzionata norma convenzionale in un caso ritenuto sostanzialmente identico a quello da cui muoveva il giudice rimettente. Al riguardo, si è precisato che – pur non essendo tale pronuncia della Corte europea riconducibile al novero delle cc.dd. “sentenze pilota” – “le modalità attraverso le quali lo Stato membro si adegua con misure strutturali alle sentenze della Corte di Strasburgo non sempre sono puntualmente determinate nel loro contenuto da tali pronunce, ma ben possono essere individuate con un ragionevole margine di apprezzamento”, sottolineando altresì che “non è necessario che le sentenze della Corte EDU specifichino le “misure generali” da adottare per ritenere che esse, pur discrezionalmente configurabili, costituiscono comunque una necessaria conseguenza della violazione strutturale della CEDU da parte della legge nazionale”. Su tali basi, si è concluso che la

decisione della Corte EDU, nel caso concreto, non consentisse all'Italia di limitarsi a sostituire la pena dell'ergastolo applicata in quel caso con la pena della reclusione di anni trenta, ma che la obbligasse - piuttosto - "a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuovere gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni di Scoppola".

Nel caso oggetto di giudizio, in definitiva, la Corte ha dunque ritenuto che la sola misura capace di elidere la "violazione strutturale" riscontrata dalla Corte EDU fosse la dichiarazione di illegittimità della norma impugnata, ritenendo proprio per tali ragioni integrato il requisito della rilevanza della questione, non senza precisare trattarsi "di una conclusione che riguarda esclusivamente l'ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda la riapertura del processo, ma possa trovare un rimedio direttamente in sede esecutiva".<sup>11</sup>

### 2.3. Il principio di tassatività e determinatezza

---

<sup>11</sup> Sulla base di queste argomentazioni, nella medesima pronuncia, la Corte ha viceversa ritenuto inammissibile la questione di legittimità della medesima norma (art. 7, comma 1, d.l. n. 341 del 2000) sollevata con riferimento all'art. 3 Cost., "ritenendo tale questione non attinente alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte EDU, cioè al solo caso che, come si è visto, può giustificare un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione".

Ragioni del tutto analoghe hanno condotto la Corte, nella successiva **ordinanza n. 235 del 2013**, a dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-ter del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 della CEDU.

In particolare, il giudice rimettente - il Tribunale di Lecce in veste di giudice dell'esecuzione - aveva prospettato il dubbio di legittimità costituzionale della citata norma transitoria "nella parte in cui non prevede la riammissione in termini per chiedere il giudizio abbreviato per gli imputati il cui processo penda o pendesse davanti alla Corte di Cassazione": in effetti, dopo la novella con cui il legislatore aveva ripristinato la possibilità di accedere al rito abbreviato in rapporto ai reati puniti con l'ergastolo [art. 30, comma 1, lett. b), l. n. 479 del 1999], relativamente ai processi in corso l'art. 4-ter d.l. n. 82 del 2000, cit., aveva previsto la riapertura dei termini per la proposizione della richiesta del rito speciale, ove già scaduti (comma 2), ancorché limitatamente ai processi pendenti in primo grado, in grado d'appello o in sede di rinvio, nei quali non fosse ancora conclusa l'istruzione dibattimentale (comma 3).

Proprio tale limitazione aveva impedito l'accesso al rito all'istante nel giudizio a quo, in quanto il processo a suo carico pendeva allora dinanzi alla Corte di Cassazione: cosicché questi, con l'istanza della quale il Tribunale rimettente era investito, aveva chiesto che la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, a lui inflitta, fosse sostituita con quella di trenta anni di reclusione, in applicazione dei principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella nota pronuncia della grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia.

Orbene, nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione, la Corte ha ritenuto la stessa manifestamente priva di rilevanza, sottolineando come il giudice a quo non fosse chiamato a fare applicazione della norma censurata.

In particolare - muovendo dalle considerazioni fatte proprie dalla menzionata sentenza n. 210 del 2013 - la Corte ha ritenuto impertinente il richiamo alla citata sentenza della Corte EDU, Scoppola contro Italia in ragione della diversità del caso oggetto del giudizio a quo rispetto a quello deciso in sede europea, evidenziando - segnatamente - che "la fattispecie oggetto del procedimento principale, lungi dal replicare la situazione avuta di mira dalla sentenza Scoppola, se ne differenzia sotto il profilo essenziale che l'imputato non è mai stato ammesso al giudizio abbreviato" (avendo fatto richiesta del rito alternativo prima dell'entrata in vigore della legge n. 479 del 1999, ossia in un momento nel quale detto rito non era consentito per i reati puniti con l'ergastolo, ed essendo stata tale richiesta respinta, almeno per quanto attiene al terzo degli omicidi aggravati ascritti al richiedente).

In tal modo, la Corte ha in sostanza confermato, da un lato, il costante orientamento in base al quale sono manifestamente inammissibili questioni aventi ad oggetto norme delle quali il giudice a quo non deve fare applicazione; dall'altro, essa ha nondimeno ribadito la "deroga" precisata nella sentenza n. 210 del 2013, in base alla quale l'unico caso in cui la questione può considerarsi rilevante - e l'unico caso in cui può giustificarsi un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione - riguarda "esclusivamente l'ipotesi in cui si debba applicare una decisione della Corte europea in materia sostanziale, relativa ad un caso che sia identico a quello deciso e non richieda l'apertura del processo".

Per quanto attiene ai corollari del principio di legalità concernenti la formulazione del tipo penale, per orientamento consolidato – risalente almeno ai primi anni '60 - si ritiene che nell'art. 25, comma 2, Cost. trovino riconoscimento implicito i principi di determinatezza e tassatività del reato, garanzie che appaiono peraltro oggetto di più diretta menzione nella più esplicita formulazione dell'art. 1 c.p. (ove si stabilisce che “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato, né con pene che non siano da essa stabilite”).

Quanto al principio di determinatezza, i “due obiettivi fondamentali” ad esso sottesi consistono – come anche di recente ha ribadito la Corte – «per un verso, nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (**sentenza n. 327 del 2008**).

Le disposizioni penali devono essere “chiaramente formulate”, e devono essere rese altresì conoscibili dai destinatari grazie ad una pubblicità adeguata (art. 73, comma 3, Cost.): i principi in esame comportano dunque - secondo la Corte - l'adempimento da parte dello Stato di precisi doveri costituzionali, attinenti, anzitutto, alla formulazione del divieto, che deve essere tale da consentire di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito (si vedano, sul punto, i rilievi puntualizzati nella **sentenza n. 364 del 1988**).

### *2.3.1. L'utilizzo di formule descrittive “esemplificative” o “sintetiche”, di clausole generali e concetti elastici*

Nella giurisprudenza costituzionale, peraltro, il riferimento ai concetti di tassatività e determinatezza sembra assumerli come predicati “fungibili” della fattispecie penale, anche se non mancano in talune pronunce, peculiari precisazioni distintive [così la **sentenza n. 247 del 1989**, distingue tra tassatività e determinatezza, intendendo quest'ultima, diversamente dalla prima, «quale modo (di formulazione e, conseguentemente) di essere della norma»]. Nel lessico della Corte, inoltre, la precisione della norma - che pur godrebbe di autonomia secondo parte autorevole della dottrina - non sembra considerata come istanza ulteriore ed autonoma rispetto al principio in esame: piuttosto, la “chiarezza” e l’“intelligibilità” dei termini impiegati appaiono affermate come vere e proprie condizioni della determinatezza, assieme alla verificabilità del fenomeno disciplinato e, quindi, alla sua rispondenza alla fenomenologia del reale (si veda, al riguardo, la **sentenza n. 96 del 1981**, su cui infra, § 2.3.2.).

Restando ancora al piano dei significati terminologici, la Corte - muovendo dalla non coincidenza tra tassatività e descrittività della fattispecie – ammette, in linea teorica, la compatibilità con il principio in rilievo di formule terminative come “e simili”, “altri analoghi”, ecc., e cioè di tecniche “esemplificative” ovvero “sintetiche”, tipiche della c.d. “fattispecie ad analogia esplicita” (si vedano, ad esempio, le **sentenze n. 27 del 1961**, relativa all'art. 121 T.U.L.P.S.; **n. 120 del 1963**; **n. 79 del 1982**, che ha negato l'illegittimità del reato di cui all'art. 4 della l. n. 110 del 1975, concernente il divieto di portare fuori dalla propria abitazione «qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa della persona»).

Su analoghe cadenze argomentative si fonda il sostanziale avallo di enunciati caratterizzati dal rinvio a “concetti extragiuridici diffusi” (**sentenze n. 191 del 1970**, in materia di osceno; **n. 42 del 1972**, in materia di violazione dei doveri di assistenza familiare) e a dati “di ordinaria esperienza, o di esperienza tecnica” (**sentenza n. 125 del 1971**, sull'art. 28 della l. n. 977 del 1967, concernente il divieto di adibire fanciulli ed adolescenti a prestazioni d'opera pericolose o faticose o gravose), i quali, esibendo, secondo la Corte, una attitudine «ad individuare con certezza il precetto e per

giudicare se una determinata condotta lo abbia, o meno, violato», non richiederebbero al giudice un impegno diverso dal normale compito di interpretazione.

Più in generale, la costante giurisprudenza della Corte afferma che la verifica del rispetto del principio di determinatezza vada condotta «non già valutando isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, ma raccordandolo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa si inserisce» (**sentenza n. 327 del 2008**). Così, «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensivi, ovvero (...) di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo» [**sentenza n. 5 del 2004**; su quella traccia, ancora la **sentenza n. 327 del 2008**, ritenendo infondata la questione concernente la fattispecie dell'art. 434 c.p., sollevata relativamente all'inciso "altro disastro", alla luce di una lettura teleologica e sistematica della disposizione in questione, e precisando altresì che «allorché il legislatore – nel descrivere una certa fattispecie criminosa – fa seguire alla elencazione di casi specifici una formula di chiusura, recante un concetto di genere qualificato dall'aggettivo "altro" (...), deve presumersi che il senso di detto concetto – spesso in sé alquanto indeterminato – sia destinato a ricevere luce dalle species preliminarmente enumerate, le cui connotazioni di fondo debbono potersi rinvenire anche come tratti distintivi del genus»].

Nel solco della medesima giurisprudenza, si colloca altresì la più recente **sentenza n. 282 del 2010**, con cui la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità, in relazione al principio in esame, dell'art. 9, comma 2, della l. n. 1423 del 1956 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità), come sostituito dal d.l. n. 144 del 2005, convertito, con mod., dalla l. n. 155 del 2005, che sanziona penalmente la violazione delle prescrizioni imposte, con il provvedimento applicativo della misura di prevenzione, al sorvegliato speciale con obbligo o divieto di soggiorno, inclusa l'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente, rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti" di cui all'art. 5, comma 3, della medesima l. n. 1423 del 1956.

### *2.3.2. Concetti legali e necessaria verificabilità empirica*

Le declaratorie di illegittimità pronunciate per violazione del principio di determinatezza hanno riguardato, piuttosto, altri profili.

Con la **sentenza n. 177 del 1980**, anzitutto, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 1, n. 3, della l. n. 1423 del 1956, che prevedeva l'applicabilità di una misura di prevenzione ai "proclivi a delinquere" sulla base di un giudizio che la legge pretendeva di desumere da "manifestazioni" non altrimenti specificate. Premesso che «non si può dubitare che anche nel processo di prevenzione la prognosi di pericolosità (demandata al giudice e nella cui formulazione sono certamente presenti elementi di discrezionalità) non può che poggiare su presupposti di fatto "previsti dalla legge" e, perciò, passibili di accertamento giudiziale», la Corte afferma che «decisivo è che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire», sottolineando come, nel caso di specie, i presupposti del giudizio di proclività a delinquere non avessero, già sul piano della descrizione della fattispecie «alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso», con conseguente violazione della

garanzia in rilievo (peraltro invocata mediante il riferimento all'art. 25, comma 3, Cost., essendo all'esame una misura di prevenzione).

Successivamente, la **sentenza n. 96 del 1981**, nel dichiarare costituzionalmente illegittima la fattispecie di plagio (art. 603 c.p.<sup>12</sup>), ha sottolineato, in modo innovativo, come il principio di tassatività comporta per il legislatore penale (anche) l'onere di «formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà», a mezzo del doveroso «riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili». In tal modo la Corte - muovendo dall'assunto della distinguibilità concettuale tra il profilo della corrispondenza del precetto al mondo del reale (e della sua verificabilità empirica) ed il profilo dell'intelligibilità dell'enunciato linguistico - ha affermato quest'ultima come condizione necessaria, ma non sufficiente della determinatezza della fattispecie, ampliando il contenuto della garanzia ed estendendo il vaglio di legittimità in punto di determinatezza ai presupposti fattuali delle scelte di criminalizzazione.

In altri termini, le innovative argomentazioni della decisione pongono l'accento sul necessario rispetto, in sede legislativa, dei vincoli di realtà e di scienza, ritenendo tali vincoli violati nel caso di specie a fronte di una norma penale che definiva il plagio come la sottoposizione di una persona al proprio potere, «in modo da ridurla in totale stato di soggezione», posto che - in particolare - «la formulazione letterale dell'art. 603 c.p. prevede (...) un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe stato oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata» (**sentenza n. 96 del 1981**).

### *2.3.3. Le interazioni tra principio di determinatezza e altri principi*

Un ulteriore punto di svolta nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di determinatezza e tassatività è costituito dalla "storica" **sentenza n. 364 del 1988**, sull'error iuris, che espressamente richiama il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali e di chiara formulazione di queste ultime: a partire da quella decisione, l'accento posto sulle istanze personalistiche sottese all'art. 27, comma 1, Cost. conduce, nei fatti, ad una rilettura del principio di determinatezza alla luce del principio di colpevolezza (infra, § 3.1.), con correlata accentuazione della tassatività in funzione del rapporto norma penale-cittadino (piuttosto che in funzione del rapporto norma penale-giudice).

I nessi tra determinatezza del tipo legale e rimproverabilità personale emergono, del resto, con progressivo rilievo in diverse decisioni della Corte, che di fatti fanno ampio richiamo alla **decisione n. 364 del 1988**.

Già nella **sentenza n. 282 del 1990** (infra, § 2.4.4.1) - in cui la questione di legittimità è stata ritenuta fondata tanto sotto il profilo del principio di riserva di legge quanto sotto il profilo del principio di tassatività - gli allora recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul terreno del principio di colpevolezza hanno giocato un ruolo significativo, che emerge chiaramente quando la Corte afferma che: «Consegue dunque che la rigidità del rinvio ad uno specifico atto preesistente quando persista il potere dell'amministrazione di revocarlo, di sostituirlo o di modificarlo, rappresenta una tecnica normativa suscettibile d'indurre incertezze sul contenuto del fatto ed in questo senso non corrispondente neppure alle esigenze del principio di determinatezza». E lo stesso può dirsi anche in relazione alla **sentenza n. 34 del 1995**, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7-bis, comma 1, del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con

---

<sup>12</sup> L'art. 603 c.p. definiva il reato di plagio come la condotta di "Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione", prevedendo la pena della reclusione da cinque a quindici anni.

modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39, nella parte in cui punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione «che non si adopera per ottenere dalla competente autorità diplomatica o consolare il rilascio del documento di viaggio occorrente»: la Corte, nella specie, ha affermato che l'indeterminatezza «da un lato pone il soggetto destinatario del precetto nell'impossibilità di rendersi conto del comportamento doveroso cui attenersi per evitare di soggiacere alle conseguenze della sua inosservanza (sentenza n. 282 del 1990 e n. 364 del 1988), tanto più che il precetto è rivolto esclusivamente a stranieri, e, d'altro canto, non consente all'interprete di esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da un fondamento controllabile nella operazione ermeneutica di riconduzione della fattispecie concreta alla previsione normativa (sentenza n. 96 del 1981)».

In definitiva, può dirsi che a seguito della pronuncia in tema di *error iuris*, l'indagine della Corte in punto di determinatezza valorizza sempre più la prospettiva aperta dall'istanza di rimproverabilità personale: ne sono ulteriori esempi la **sentenza n. 247 del 1989**, in materia di frode fiscale; l'**ordinanza n. 302 del 2004**, in materia di trattenimento nel territorio dello Stato “senza giustificato motivo”; le **sentenze n. 327 del 2008**, in materia di disastro innominato, e **n. 21 del 2009**, in materia di favoreggiamento dell'ingresso illegale.

Sintomatico dell'accoglimento di un'impostazione che assume a punto di fuga il principio di colpevolezza, e, dunque, l'istanza di conoscibilità del precetto, è, d'altra parte, l'argomento del “diritto vivente”, in virtù del quale la questione in punto di determinatezza viene ritenuta infondata qualora un orientamento costante dimostri che la norma viene chiaramente interpretata, e, che, quindi, la stessa è applicabile in modo univoco (**ordinanza n. 983 del 1988**, in tema di tutela delle bellezze naturali, e **n. 11 del 1989**, in tema di armi giocattolo; **sentenze nn. 333 del 1991 e 133 del 1992**, concernenti la determinatezza dei concetti di “modica quantità” e “dose media giornaliera” nell'uso di sostanze stupefacenti; **n. 122 del 1993**, in tema di sanzioni di reati ambientali; **n. 247 del 1997**, ancora in tema di salvaguardia delle bellezze naturali).

Anche se, al riguardo, occorre sottolineare come la Corte - nella **sentenza n. 327 del 2008** - abbia sottolineato che «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale», posto che «affermare il contrario significherebbe “tradire” entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione - cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* - verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione - cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è vietato - non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti» [pur concludendo che «l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante possa assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare (...) la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica e polisensa», colmando dunque - come si è ritenuto nel caso di specie - il profilo di frizione con il principio in esame].

Del resto, la stessa Corte, in diverse occasioni, ha indicato il percorso ermeneutico da seguire per colmare l'apparente deficit di determinatezza, spesso facendo leva su una ben precisa ricostruzione del bene giuridico tutelato dalla norma, ossia operando una chiarificazione sull'oggetto di tutela che consente di registrare e meglio focalizzare il coefficiente di tipicità della fattispecie: al riguardo, possono essere esemplificativamente richiamate le pronunce che - pur con sfumature differenti - hanno interessato diverse fattispecie del codice penale militare, come, ad esempio, la **sentenza n. 263 del 2000**, concernente il reato di “Violata consegna” (art. 120 c.p.m.p.), ove la questione viene rigettata ritenendo che «bene giuridico degno di tutela» sia non già la mera «disciplina militare», bensì «la funzionalità e l'efficienza di servizi determinati, che il legislatore ha inteso garantire rendendone rigide e tassative le modalità di esecuzione del militare comando»; ovvero la

**sentenza n. 519 del 2000** - concernente i reati di “Attività sediziosa” (art. 182 c.p.m.p.) e di “Manifestazioni e grida sediziose” (art. 183 c.p.m.p.) -, ove la Corte ha dichiarato infondata la questione, in particolare, offrendo una interpretazione dell’aggettivo “sedizioso” tale da farvi rientrare – sia in relazione alle “manifestazioni e grida”, sia in relazione alle “attività” – solo quelle condotte «idonee a suscitare reazioni violente e sovvertitrici dell’ordine e della disciplina militare» (con esclusione di quelle forme di malcontento, di protesta, di critica, o di dissenso prive di carica destabilizzante e di rivolta e, quindi, rientranti nell’esercizio della libertà di manifestazione del pensiero), anche alla luce di una peculiare ricognizione dell’oggettività giuridica ravvisata nel mantenimento della disciplina militare, intesa non già come valore “fine a se stesso”, bensì quale «fattore essenziale alle esigenze di coesione, di efficienza e di funzionalità delle forze armate».

In sintesi, dalla giurisprudenza della Corte emerge come i costrutti argomentativi seguiti nel sindacato sulla determinatezza e tassatività del tipo legale chiamano spesso in causa anche altri principi e garanzie. Ed in questo solco, può essere segnalata l’esistenza di (frequenti) pronunce che guardano anche al versante dei rapporti tra determinatezza del tipo legale (e pena) e ragionevolezza: cfr. **Corte cost., n. 370 del 1990**, in cui la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 708 c.p., per violazione degli artt. 25 e 3 Cost., è motivata dal deficit di tassatività della disposizione, oltre che dall’irragionevolezza della limitazione delle condizioni soggettive punibili alla sola categoria di persone contemplate dalla disposizione; la **sentenza n. 299 del 1992**, dove l’illegittimità costituzionale dell’art. 122 c.p.m.p., è fatta discendere dall’eccessiva divaricazione tra il minimo ed il massimo (da due a 24 anni) della pena prevista, in spregio al principio di determinatezza della sanzione penale.

Sui possibili nessi tra principio di determinatezza e principio di offensività (quale “canone interpretativo universalmente accettato”), cfr. infra, § 4.4.

#### *2.3.4. Il divieto di analogia in materia penale*

Per quanto attiene al divieto di analogia in materia penale, la Corte costituzionale ne riconosce l’avvenuta costituzionalizzazione sempre nel dettato dell’art. 25, comma 2, Cost., quale fondamentale implicazione delle garanzie concernenti la determinatezza e, soprattutto, la tassatività della norma penale.

Il vaglio di legittimità costituzionale, da questo punto di vista, viene generalmente declinato sul criterio della omogeneità/eterogeneità dei casi presi in considerazione dalla norma incriminatrice o, meglio, delle indicazioni esemplificative contemplate da quest’ultima, come emerge, esemplificativamente, nella **sentenza n. 120 del 1963**, ove si afferma che «Per quanto riguarda il preteso contrasto con l’art. 25 della Costituzione, ritiene la Corte che l’impugnato art. 3 non attribuisce al giudice un potere di ampliare per analogia il precetto penalmente sanzionato. Non é, infatti, esatto che nella formulazione di tale articolo si abbia una eterogeneità di indicazioni esemplificative, per cui manchi un preciso criterio di identificazione delle attività similari a quelle espressamente menzionate. Gli elementi, invece, che secondo l’art. 3, individuano la fattispecie e segnano i limiti di applicazione della norma sono dati, non dalla natura dell’attività, tecnica o amministrativa, dell’azienda appaltatrice, ma dall’esistenza di un rapporto di appalto e dal fatto che l’attività dell’impresa appaltatrice si svolge nell’interno dell’azienda dell’impresa appaltante o in connessione col servizio pubblico da questa esercitato: rientra cioè nel ciclo di produzione e di svolgimento del servizio pubblico. Stabilire quando, in concreto, ciò si verifichi, anche al di fuori delle enunciazioni indicative contenute nel secondo comma dell’art. 3, é opera (...) di interpretazione e non di applicazione analogica».

Il criterio segnalato ritorna, in buona sostanza, anche nella già citata **sentenza n. 327 del 2008**, in materia di disastro innominato: in relazione alla formula “altro disastro” di cui all’art. 434 c.p., la Corte afferma che «Entrambi i criteri ora indicati convergono, dunque, nel senso che l’“altro

disastro”, cui fa riferimento l’art. 434 cod. pen., è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai “disastri” contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai “delitti di comune pericolo mediante violenza”».

## 2.4. Il principio di riserva di legge

Nel chiarire il fondamento del principio di riserva di legge, consacrato nell’art. 25, comma 2, Cost., la Corte ne ha sottolineato a più riprese il profilo eminentemente politico, di matrice illuministica, che edifica la ratio del monopolio penale del legislatore statale «sul suo essere rappresentativo della società tutta, <unita per contratto sociale>», perché «è la società tutta che attende che l’esercizio del potere legislativo penale, direttamente o attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì <per il suo bene e nel suo interesse>» (così la **sentenza n. 487 del 1989**); ma nei percorsi argomentativi più articolati non ne è stato trascurato, altresì, il profilo storico-ideologico, che rimanda ancora alla concezione illuministica della legge come strumento di superamento del pluralismo giuridico tipico dell’Antico Regime, in linea con un programma di riduzione dell’ambito di rilievo penale che del resto trova riscontro nel sistema penale delineato dalla Costituzione, il quale – sono parole della Corte - «tende ancor oggi (..) a ridurre la quantità delle norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi od almeno <importanti>, per l’ordinato vivere sociale» (ancora la **sentenza n. 487 del 1989**).

Dunque, la riserva di legge (statale) in materia penale si assume a garante non solo della sovranità dell’organo-Parlamento, e - in quella sede - della dialettica democratica, ma anche della limitazione delle possibili fonti di produzione normativa, in una prospettiva che, dunque, non implicherebbe soltanto l’esclusione di possibili arbitri da parte di altri poteri dello Stato (c.d. “profilo negativo della riserva di legge”), ma altresì una riduzione della sfera del penalmente rilevante congeniale all’idea del diritto penale quale extrema ratio di tutela dei beni giuridici (c.d. “aspetto positivo del principio di riserva di legge”).

Le istanze garantite dalla riserva di legge, infine, concernono non solo la fissazione del precetto, ma anche la individuazione della pena, la cui predeterminazione legale costituisce un requisito essenziale «affinché la discrezionalità giudiziale nella determinazione concreta della pena trovi nella legge il suo limite e la sua regola e non si traduca, invece, in arbitrio» [così, ad esempio, la **sentenza n. 299 del 1992**, sottolineando l’esigenza «che l’ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo (...) non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l’individualizzazione della pena (...)]»].

### 2.4.1. Riserva di legge e atti aventi forza di legge (decreti legislativi e decreti legge)

Per quanto concerne il margine di intervento, in materia penale, degli “atti aventi forza di legge”, la giurisprudenza costituzionale è indicativa dell’accoglimento di una nozione di riserva di legge come riserva di fonte (ancorché, come si vedrà, solo statale) piuttosto che come riserva di organo, con conseguente ammissione dei decreti legislativi e dei decreti-legge entro il novero delle fonti di produzione delle incriminazioni.

Una tale conclusione emergeva già in talune pronunce in merito al rapporto tra normativa primaria e fonti subordinate, in cui, come si vedrà, si precisava «la necessità che sia la legge (od un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente» (**sentenza n. 26 del 1966**, e, su quella traccia, **n. 282 del 1990**; corsivo nostro). E questa opzione trovava del resto conferma, sotto traccia, nelle pronunce

della Corte relative alla legittimità costituzionale della delegazione legislativa anteriore all'entrata in vigore della Costituzione (in tal senso, si veda, ad esempio, la **sentenza n. 53 del 1961**).

Del resto, almeno di recente, non sembrano emergere questioni incidentali di costituzionalità prospettate con esplicito riferimento ad un'incompatibilità di principio della riserva in materia penale con atti normativi dotati soltanto della forza e non della forma della legge (venendo spesso portata all'attenzione della Corte, piuttosto, l'eccessiva genericità dei principi o criteri della legge delega, ovvero un vizio di eccesso di delega: per un esempio della prima ipotesi, si pensi al profilo di illegittimità sollevato in relazione alle "nuove" fattispecie di false comunicazioni sociali, in relazione alla "previsione di generiche "soglie quantitative", non accompagnata dall'indicazione di specifici parametri di riferimento", profilo tuttavia rigettato dalla **sentenza n. 161 del 2004**; per un esempio del secondo caso, che pure ha condotto ad una pronuncia di manifesta inammissibilità per impugnazione di norma inconfidente, si veda la **sentenza n. 382 del 2004**, sull'art. 180 del d.lgs. n. 58 del 1998, concernente il reato di insider trading).

Anche di recente, peraltro, la Corte ha ribadito esplicitamente che «la giurisprudenza di questa Corte ha sempre ammesso (cfr. **sentenze n. 26 del 1966**; **n. 113 del 1972**; **n. 282 del 1990**), il ricorso alla delegazione legislativa per l'introduzione di nuove norme penali, sulla base della equiparazione fra legge ed atti aventi forza di legge ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 25 della Costituzione» (**ordinanza n. 134 del 2003**).

Analogamente, anche in materia di decretazione d'urgenza le questioni sollevate in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost. non riguardano l'incompatibilità, in linea di principio, della decretazione medesima con le garanzie di cui alla citata previsione costituzionale, concentrando piuttosto il vaglio di costituzionalità sui presupposti di necessità ed urgenza (cfr., di recente, la **sentenza n. 83 del 2010**, dove la Corte – confermato il principio in base al quale il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge debba limitarsi alla "evidente mancanza" dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza del secondo comma dell'art. 77 Cost., rimanendo invece la valutazione del merito delle situazioni di urgenza nell'ambito della responsabilità politica del Governo nei confronti delle camere, chiamate a decidere sulla conversione in legge del decreto" - ha escluso tale "evidente mancanza" nel caso concreto, dichiarando non fondata la questione concernente il d.l. n. 172 del 2008, "Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti in materia ambientale").

#### *2.4.2. Riserva di legge e fonti comunitarie*

Un tradizionale corollario del principio di riserva di legge interessa il versante delle fonti comunitarie, in relazione alle quali è costante l'orientamento che asserisce la loro incompetenza in materia penale, e comunque l'impossibilità di esplicare effetti costitutivi o peggiorativi della responsabilità penale senza la mediazione di un atto traspositivo del legislatore interno.

Nondimeno, la giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti tra ordinamento interno e fonti comunitarie ha registrato, negli ultimi anni, importanti sviluppi che interessano anche il fronte penalistico.

In particolare, la Corte ha già da tempo riconosciuto che l'art. 11 Cost. fonda – oltre al poterdovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme comunitarie dotate di effetto diretto, non applicando (o "disapplicando") le norme nazionali che si trovino in contrasto con esse (**sentenza n. 170 del 1984**) – anche la possibilità, per quanto qui maggiormente interessa, di sollevare la questione di legittimità di una norma interna per violazione di una norma europea non dotata di effetto diretto (**sentenze n. 170 del 1984**; **n. 317 del 1996**; **n. 267 del 1999**; **n. 284 del 2007**).

Escluso che atti di produzione comunitaria possano avere effetti diretti in materia penale, è su quest'ultima traccia che le recenti **sentenze n. 28 e n. 227 del 2010**, hanno per la prima volta posto una norma comunitaria sprovvista di effetto diretto a fondamento di una sentenza di illegittimità costituzionale ex artt. 11 e 117, co. 1, Cost. di una legge nazionale.

Al riguardo, va anzitutto segnalata la **sentenza n. 28 del 2010**, sulle cc.dd. ceneri di pirite, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 183, comma 1, lett. n), del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), nel testo antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 2, comma 20, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui ricomprendeva nella definizione di sottoprodotti le ceneri di pirite, sottraendo le relative condotte alle disposizioni penali di cui al medesimo decreto, in difformità alle previsioni, sul punto, del diritto comunitario. Verificata l'impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme della previsione legislativa censurata, così come quella di disapplicare quest'ultima ed applicare la previsione comunitaria – nel rispetto appunto del principio per cui gli effetti diretti devono ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale – la Corte ritiene di dover sottoporre a scrutinio la norma interna, negando che possa costituire ostacolo a ciò il possibile effetto in malam partem della (eventuale) declaratoria di illegittimità costituzionale, relegato al terreno degli «effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali».

Nel solco tracciato dalla **sentenza n. 28 del 2010**, si colloca poi la successiva **sentenza n. 227 del 2010**, in tema di mandato d'arresto europeo, ove la Corte – ribadito il divieto di procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto comunitario laddove si verta in materia penale – fonda, ancora una volta, la declaratoria di illegittimità su una norma comunitaria sprovvista di effetto diretto.

### *2.4.3. Riserva di legge e fonti regionali*

#### 2.4.3.1. Il fondamento del monopolio punitivo statale

Quanto ai rapporti tra riserva di legge e fonti regionali, una consolidata giurisprudenza esclude che la potestà punitiva possa trovare origine in atti normativi delle Regioni, saldando il fondamento del monopolio statale in materia penale, su questo fronte, da un lato ed anzitutto alla generica ratio di garanzia sottesa all'art. 25, comma 2, Cost., in ragione della «particolare natura delle restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante pena [...] onde la necessità che tali restrizioni siano da stabilirsi in base ad una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale, quale può essere compiuta soltanto dalla legge dello Stato»; dall'altro, volta a volta con differenti accenti, richiamando ora l'art. 3 Cost., che garantisce l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, ora l'art. 5 Cost., che garantisce l'unità politica dello Stato, ora l'art. 117 Cost., che non contempla una potestà punitiva in capo alle Regioni, ora persino ponendo la riserva di legge statale in rapporto con il principio della precostituzione per legge del giudice naturale, ovvero, sotto diverso profilo, con il divieto per le Regioni di «adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione di persone tra le Regioni», sancito dall'art. 120 Cost. (cfr., ex plurimis, le **sentenze n. 21 del 1957; n. 58 del 1959; n. 13 del 1961; n. 128 del 1963; n. 79 del 1977; n. 62 del 1979; n. 239 del 1982; n. 179 del 1986; n. 309 del 1990**).

Una ricostruzione particolarmente articolata ed argomentata è offerta dalla **sentenza n. 487 del 1989**, nella quale la questione è stata proiettata nel prisma di una valorizzazione congiunta e «sistematica» dei diversi principi costituzionali in rilievo (artt. 25 comma 2, 3, 5, 13, 24, 27, 112 e 120): dopo aver affermato che «il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, unita per contratto sociale», la Corte ha negato alle Regioni

legittimazione ad emanare norme penali per «la mancanza di una visione generale dei bisogni e delle esigenze di una intera società», sottolineando, in definitiva, il carattere di «statualità a doppio titolo del diritto penale: ed infatti statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale è il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale, e, così, della vita sociale in libertà, uguaglianza e reciproco rispetto dei soggetti» (affermazione analoga, pur con qualche ulteriore sfumatura, si riscontra anche in successive sentenze, come ad es. la **sentenza n. 185 del 2004**, secondo cui la legge statale deve salvaguardare «beni, valori e interessi propri dell'intera collettività tutelabili solo su base egualitaria»).

#### 2.4.3.2. L'estensione della riserva di legge rispetto alle fonti regionali: le vicende costitutive, modificative ed estintive della punibilità

In ogni caso, l'ambito dei rapporti tra riserva di legge e normativa regionale in materia penale individua il versante dell'art. 25, comma 2, Cost. più frequentato da questioni e pronunce di illegittimità costituzionale, che hanno interessato – in linea di principio - i più diversi profili sui quali può incidere la normativa regionale, e, segnatamente, non solo le vicende costitutive della punibilità ma anche quelle modificative o estintive.

Così, nel corso degli anni, la Corte ha ritenuto illegittime leggi regionali che prevedano nuove incriminazioni o che abrogano fattispecie incriminatrici preesistenti (**sentenza n. 79 del 1977**); che sostituiscano la sanzione penale con una sanzione amministrativa (**sentenza n. 309 del 1990**); che contemplino una nuova causa di estinzione del reato (consentendo, ad esempio, l'estinzione dei reati contravvenzionali urbanistici in assenza dei presupposti richiesti dalla legge statale: **sentenza n. 273 del 1995**) o amplino la portata di una preesistente (anche solo “analogicamente”: **sentenza n. 487 del 1989**).

Il divieto di introduzione di nuove fattispecie incriminatrici è stato peraltro inteso come preclusione a configurarle anche solo per relationem rispetto a sanzioni penali contemplate in norme statali, ed altresì come impossibilità per le Regioni di stabilire autonomamente la sanzione penale da applicare in presenza di violazioni a proprie disposizioni (**sentenze n. 58 del 1959; n. 128 del 1963**).

In ogni caso, come accennato, l'impossibilità di intervento della normativa regionale in materia penale è stata affermata non solo con riferimento ai profili costitutivi della rilevanza penale (o della punibilità lato sensu intesa) - ossia come “riserva statale sulle scelte criminalizzatrici” -, ma anche con riferimento agli ambiti della giustificazione e della non punibilità, posto che – si è affermato - «Le regioni non possono rimuovere o variare con proprie leggi la punibilità dei reati sancita da leggi dello Stato» (**sentenza n. 117 del 1991**; analogamente, **sentenze n. 185 del 2004 e n. 196 del 2004**, in materia di condono edilizio; altresì, **sentenza n. 183 del 2006**), e che la stessa «previsione di cause di estinzione del reato è riservata alla legge statale, in quanto a quest'ultima spetta la potestà incriminatrice; poiché alla stessa legge compete, conseguentemente, individuare le situazioni a cui si applicano le citate cause; e poiché, pertanto, l'ambito delle predette situazioni, individuato in una legge statale, non può essere illegittimamente esteso o ristretto ad opera di leggi regionali (neppure di quelle che dispongono in materie c.d. «esclusive»)» (**sentenza n. 487 del 1989**, peraltro meno perentoria in relazione al caso in cui “diritti scriminanti” possano trovare fonte in leggi regionali).

In altri termini, e più in generale, alle Regioni sarebbe vietato di «interferire negativamente con le norme penali, disciplinando e considerando, quindi, lecita un'attività penalmente sanzionata dall'ordinamento nazionale» (**sentenze n. 370 del 1989; nn. 43 e 309 del 1990; nn. 117 e 213 del 1991**; in relazione alle Regioni a statuto speciale, ad esempio, la **sentenza n. 185 del 2004** ha dichiarato l'illegittimità della legge della regione Friuli-Venezia Giulia n. 17 del 2002, che, disciplinando l'introduzione di case da gioco nel territorio della Regione, aveva previsto una deroga alle disposizioni penali che vietano il gioco d'azzardo, ai sensi degli artt. 718 ss. c.p.).

#### 2.4.3.3. Riserva di legge e fonti regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Il concetto di “ordinamento penale” [art. 117, secondo comma, lett. l), Cost.]

L’orientamento della giurisprudenza costituzionale in merito al mancato riconoscimento della titolarità di potestà punitiva in capo alla Regioni non ha subito alterazioni a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, che, come è noto, ha rimodulato il riparto di competenze tra Stato e Regioni.

Nella nuova cornice costituzionale, da un lato si conferma che il potere sanzionatorio amministrativo spetta al titolare della competenza per materia, e dunque alle Regioni nelle materie di competenza esclusiva o concorrente, in base al principio del parallelismo tra disciplina sostanziale e disciplina sanzionatoria amministrativa (ad esempio, **sentenza n. 361 del 2003**) e/o dell’autonomia tra disciplina sanzionatoria penale e amministrativa, corollario della riserva di legge e del riparto di competenze Stato/regioni (**sentenze n. 196 del 2004 e n. 183 del 2006**), e pur nei limiti fissati dall’art. 9 della l. n. 689 del 1981 (il quale prevede che la sanzione penale statale prevalga sulla sanzione amministrativa regionale, salva la possibilità di cumulo a volte rivendicata da singole normative regionali).

Dall’altro, e parallelamente, si ribadisce l’esclusione di una potestà normativa regionale in campo penale anche con riferimento a materie su cui le Regioni a statuto ordinario o statuto speciale, ovvero le Province autonome, abbiano competenza legislativa in via esclusiva o concorrente (si pensi all’agricoltura, alla caccia e pesca, alla “tutela e sicurezza del lavoro”, alla “tutela della salute”, all’“alimentazione”, al “governo del territorio”, alla “tutela dell’ambiente”), anche in ragione dell’esplicita menzione della materia “ordinamento penale” tra quelle assegnate – appunto nel disegno di riforma del titolo V - alla competenza esclusiva statale, ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lett. l), Cost. [dove per “ordinamento penale” – come ha chiarito la **sentenza n. 185 del 2004** - deve intendersi l’intero «sistema normativo riguardante il diritto sostanziale, giacché la disciplina processuale è enumerata nel primo periodo della stessa lettera l)»].

In questa prospettiva, dunque, la Corte ha espressamente chiarito che la riserva allo Stato della competenza nella materia “ordinamento penale” «non è una novità introdotta in sede di revisione del titolo V», bensì un’esplicita conferma dell’orientamento giurisprudenziale precedente (ancora, **sentenza n. 185 del 2004**) e che «solo il legislatore statale può incidere sulla sanzionabilità penale, disponendo, specie in occasione di sanatorie amministrative, di assoluta discrezionalità in materia di estinzione del reato o della pena, o di non procedibilità» (**sentenze n. 196 del 2004 e n. 183 del 2006**), pur sottolineando l’esigenza che l’esercizio della potestà punitiva in materia penale – essendo «potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni» - sia sempre contenuto nei limiti della non manifesta irragionevolezza, in ossequio al criterio dell’extrema ratio, alla stregua del quale «la compressione delle competenze legislative regionali è giustificata quando la legge nazionale sia protesa alla salvaguardia di beni, valori e interessi propri dell’intera collettività tutelabili solo su base egualitaria» (**sentenza n. 185 del 2004**).

Al tempo stesso, si è affermato che l’intervento sui profili penali è tale da attrarre l’intera materia nella competenza statale, posto che «la considerazione del trattamento penale assume (...) preminenza agli effetti della competenza legislativa, pur nella generica riconducibilità ad altra materia delle norme precettive la cui violazione è sanzionata» (**sentenza n. 183 del 2006**, ove si è ritenuta infondata la questione di legittimità proposta in relazione alla disciplina prevista ai commi 36 e 37 dell’art. 1 della l. n. 308 del 2004, la quale - modificando sul punto il Codice dei beni culturali - ha previsto l’inapplicabilità della fattispecie contravvenzionale relativa ad interventi non assistiti da autorizzazione paesaggistica o in difformità da essa, in ipotesi di accertamento, ad opera

della competente autorità amministrativa, della compatibilità paesaggistica dell'opera abusiva, sottolineando che «l'irrelevanza penale dell'abuso non tocca gli aspetti urbanistici, per i quali le regioni non vedono scalfita la loro competenza nella previsione delle sanzioni amministrative in materia edilizia», ribadendo dunque il consueto principio dell'autonomia delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali).

Peraltro, un tale orientamento di fondo, è stato ribadito anche a fronte di disposizioni peculiari, come quella prevista all'art. 23 St. della Regione Trentino-Alto Adige, ai sensi del quale «la Regione e le Province utilizzano – a presidio delle norme contenute nelle rispettive leggi – le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie».

Sullo specifico profilo è infatti intervenuta la **sentenza n. 387 del 2008**, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 22 della legge prov. Bolzano n. 10 del 2007, ritenendo che la norma censurata «prevede un'ampia serie di reati venatori, non mediante un mero rinvio alla legge statale, ma con una specifica ed autonoma determinazione delle fattispecie cui sono collegate le pene previste dall'art. 30 della legge statale n. 157 del 1992», e puntualizzando che «l'art. 23 dello Statuto regionale non consente né l'autonoma determinazione delle fattispecie, con un rinvio alla legge statale solo per l'individuazione delle fattispecie, né l'incorporazione delle stesse in una legge regionale o provinciale».

Con la pronuncia in esame, in altri termini, non si è attribuita alla disposizione citata alcuna valenza derogatoria rispetto all'assetto generale, ritenendo possibile, dunque, che la legge della provincia autonoma operi solo un mero rinvio alla legge penale statale, ma non una autonoma determinazione del precetto (con rinvio alla legge statale per la sola individuazione delle sanzioni), né una «incorporazione» delle stesse in una legge regionale o provinciale.

#### 2.4.3.4. (segue): L'ambito di competenza in materia di sanzioni amministrative

Un diverso criterio, viceversa, è seguito con riferimento alle sanzioni amministrative: la Corte costituzionale ha infatti rimarcato più volte che la relativa competenza non si radica in un'autonoma materia, ma accede alle materie sostanziali, cosicché la disciplina delle sanzioni spetta al soggetto competente a regolare la materia, la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionabile.

Per queste ragioni, ad esempio, la Corte ha dichiarato illegittima – segnatamente per contrasto con l'art. 119, primo comma, Cost., con riferimento al principio dell'autonomia finanziaria di spesa - la norma di cui all'art. 13, comma 3, del d. lgs. n. 186 del 2011 (Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del regolamento CE n. 1272/2008 relativo alla classificazione, all'etichettatura e all'imballaggio di sostanze e miscele, che modifica ed abroga e direttive 67/548/CEE e 1999/45/CE e che reca modifiche al regolamento CE n. 1907/2006), la quale prescriveva che i proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per le violazioni di detto decreto fossero indiscriminatamente devoluti all'entrata del bilancio statale (per essere successivamente riassegnati allo stato di previsione del Ministero della Salute); ciò, in particolare, ritenendo violato il «comune principio in base al quale l'importo della sanzione afferisce al soggetto competente all'irrogazione», non essendosi espressamente previsto che solo i proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie di competenza statale fossero versati all'entrata del bilancio dello Stato, e che i proventi derivanti dalle sanzioni irrogate nell'ambito delle proprie competenze spettassero alla Regione (**sentenza n. 271 del 2012**).

2.4.3.5. (segue) L'ambito di competenza statale in relazione al concetto di "ordine pubblico e sicurezza" [art. 117, comma secondo, lett. h), Cost.]

Solo per inciso, è opportuno altresì segnalare, in questa sede, come la Corte abbia ulteriormente chiarito i limiti delle competenze regionali anche in relazione all'ambito di competenza statale segnato dai concetti di "ordine pubblico e sicurezza" [art. 117, comma secondo, lett. h)].

Al riguardo, va anzitutto segnalata la recente **sentenza n. 34 del 2012**, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità della legge della regione Calabria 7 marzo 2011, n. 7 ("Istituzione dell'Agenzia regionale per i beni confiscati alle organizzazioni criminali in Calabria").

Nella pronuncia, richiamandosi ad un precedente orientamento, si è infatti affermato, in generale, che "(...) l'istituzione di un'apposita Agenzia regionale "il cui nome di per sé evoca un ruolo operativo non riducibile a meri compiti istruttori, consultivi o di studio e ricerca" e il fatto che l'ambito di intervento, inteso nel suo complesso, è "parzialmente sovrapponibil[e] con le competenze statali in materia di sicurezza e di amministrazione dei beni sequestrati" sono stati indicati da questa Corte (**sentenza n. 325 del 2011**) elementi già di per sé idonei a concludere che la Regione ha invaso la materia dell'ordine pubblico e sicurezza, riservata alla competenza legislativa statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. h), Cost.". Inoltre, e più in particolare, si è rilevato che la legge regionale oggetto di giudizio "(...) ha espressamente conferito non solo delle facoltà (come quella, ad esempio, di richiedere l'assegnazione dei beni confiscati), ma anche precisi compiti di amministrazione, vigilanza e custodia dei beni sequestrati, muovendosi in direzione opposta rispetto all'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale di gestire in maniera unitaria e coordinata i beni sequestrati e di programmare organicamente la loro destinazione", conferendo direttamente all'Agenzia regionale – e non alla Regione – tanto la facoltà di chiedere in assegnazione detti beni, quanto il compito di amministrare quelli eventualmente assegnati alla Regione Calabria, ed attribuendo altresì funzioni di vigilanza (sul corretto utilizzo dei beni da parte dei soggetti assegnatari e sull'effettiva corrispondenza tra la destinazione ed il loro utilizzo) e di coordinamento tali da sovrapporsi con le analoghe funzioni previste in capo alla Agenzia nazionale (ora sostanzialmente disciplinata dal d.l. 6 settembre 2011, n. 159, Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136); così da prevaricare – in definitiva – l'ambito della competenza legislativa esclusiva statale (**sentenza n. 34 del 2012**).

In prospettiva analoga, va ancora segnalata la **sentenza n. 35 del 2012**, con la quale è stata dichiarata - sempre in riferimento all'art. 117, secondo comma, lett. h), Cost. - l'illegittimità dell'art. 2 della legge della Regione Calabria 7 marzo 2011, n. 4 (Misure per garantire la legalità e la trasparenza dei finanziamenti erogati dalla Regione Calabria), che – nell'intento di contrastare "i rischi di infiltrazione 'ndranghetista, nel'ambito della più globale strategia di contrasto all'illegalità in Calabria" (art. 1, legge cit.) – stabiliva, per chiunque ricevesse ed utilizzasse finanziamenti per importi pari o superiori ad euro 10.000, l'obbligo di impegnare un conto corrente unico e dedicato a tali operazioni [in conformità e secondo le procedure previste dalla legge 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia)].

Al riguardo, peraltro, la Corte aveva già chiarito che l'ordine pubblico e la sicurezza, ai fini del riparto della competenza legislativa, hanno per oggetto le "misure inerenti alla prevenzione dei reati o al mantenimento dell'ordine pubblico" (sentenza n. 407 del 2002; in seguito, ex plurimis, **sentenze n. 35 del 2011, n. 226 del 2010, n. 50 del 2008, n. 222 del 2006, n. 428 del 2004**).

Su quella traccia - rilevando come nell'esercizio della propria competenza il legislatore statale, specie nel settore degli appalti pubblici, fosse già intervenuto "allo scopo specifico di assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari, e così di prevenire la commissione di reati che possano originarsi dal maneggio di denaro pubblico, con riferimento soprattutto all'infiltrazione criminale e al riciclaggio" -, la Corte ha ritenuto la norma impugnata invasiva della competenza esclusiva dello Stato, in particolare alla luce della finalità della stessa legge regionale (consistente "dichiaratamente

nella prevenzione dei rischi connessi all'infiltrazione della criminalità organizzata"), del relativo oggetto materiale, e dello strumento normativo impiegato, profili tutti gravitanti "nel campo già occupato dalla normativa statale in materia di ordine pubblico e sicurezza, rispetto alla quale il legislatore regionale è invece estraneo" [sentenza n. 35 del 2012, nella quale si è ulteriormente puntualizzato che "Non è infatti in discussione, nel peculiare caso di specie, un'attività che, per quanto connessa a fenomeni criminali, sia tuttavia "tale da poter essere ricondott(a) a materie o funzioni di spettanza regionale ovvero a interessi di rilievo regionale", la cui disciplina possa per tale motivo venire assengata alla legge regionale (sentenza n. 4 del 1991; in seguito, sentenze n. 167 del 2010 e n. 105 del 2006). La promozione della legalità, in quanto tesa alla diffusione dei valori di civiltà e pacifica convivenza su cui si regge la Repubblica, non è attribuzione monopolistica, né può divenire oggetto di contesa tra i distinti livelli di legislazione e di governo: è tuttavia necessario che misure predisposte a tale scopo nell'esercizio di una competenza propria della Regione, per esempio nell'ambito dell'organizzazione degli uffici regionali, non costituiscano strumenti di politica criminale, né, in ogni caso, generino interferenze, anche potenziali, con la disciplina statale di prevenzione e repressione dei reati (sentenza n. 55 del 2001; da ultimo, sentenza n. 325 del 2011)"]].

#### 2.4.3.5. Legislazione regionale e spazi di possibile incidenza in materia penale: "integrazione tecnica" ed "effetti indiretti"

Pur in questo quadro, diverse pronunce della Corte, sin da tempi risalenti, hanno più volte sottolineato ed ammesso la possibilità che - ove la legge statale abbia già autonomamente operato le scelte fondamentali sopra ricordate - la normativa regionale produca sulla legge penale statale effetti indiretti (o effetti "in via mediata"), evidenziando, volta a volta, lo spazio di legittima incidenza della legge regionale su presupposti del reato, norme penali in bianco, su elementi normativi di fattispecie, su cause di giustificazione, su fattispecie estintive, "riempiti" da fonti regionali nell'esercizio e nei limiti delle proprie competenze, esclusive o concorrenti: posto che spetta allo Stato la posizione del divieto e della sanzione penale, ma resta comunque alla Regione, specie nelle materie di competenza esclusiva, la conformazione della disciplina sottesa.

Chiari, sul punto, i rilievi della già citata sentenza n. 487 del 1989, dove già si affermava, da un lato, che «alle leggi regionali non è precluso concorrere a precisare, secundum legem, presupposti d'applicazione di norme penali statali, né concorrere ad attuare le stesse norme e cioè non è precluso realizzare funzioni analoghe a quelle che sono in grado di svolgere fonti secondarie statali», ossia di intervenire in funzione di "specificazione tecnica" rispetto a scelte politiche compiute dalla legge statale, (sui rapporti tra riserva di legge e fonti subordinate, cfr. infra, 2.4.4.); e, dall'altro, si richiamava l'attenzione sul fatto che «[...] dottrina e giurisprudenza ritengono che ampio spazio in materia penale sia consentito alle Regioni allorché dalle leggi statali si subordinino effetti incriminatori o decriminalizzanti ad atti amministrativi (o legislativi) regionali: in tal caso, nel determinare i presupposti dai quali sono condizionati gli effetti penali (e, conseguentemente, nel modificare i presupposti stessi) le leggi regionali indirettamente, e per determinazione delle stesse leggi statali, incidono su fattispecie penali previste da leggi statali» [del resto, la stessa sentenza n. 487 del 1989 rilevava ancora che «la tutela penale dei beni rientranti nelle materie regionali <esclusive> o <concorrenti>, può ben essere autonomamente fornita, attraverso l'incriminazione di violazioni agli stessi beni, dalla legge penale statale», sottolineando come la stessa dottrina, fra l'altro, «comunemente ammette che si diano casi di colpa per inosservanza di leggi cautelari (sempre che si ritenga rispettato l'art. 25, secondo comma, Cost.) e che, in alcune ipotesi di delitti contro la pubblica amministrazione, le leggi regionali possano concorrere a definire elementi costitutivi (es. <dovere>, <atto d'ufficio>, ecc.) delle fattispecie tipiche incriminate»].

In questa cornice, ad esempio, l'**ordinanza n. 717 del 1988**, in merito ad una disposizione della legge regionale veneta [l'art. 6, punto 3, lett. c) l. della Regione veneto n. 33 del 1985] che escludeva la necessità di autorizzazione per lo spargimento a fini agricoli sui terreni dei liquami da allevamenti animali e ritenuta dal giudice a quo interferire con la legge Merli, che prevedeva l'obbligo, penalmente sanzionato, di richiedere l'autorizzazione per l'effettuazione di scarichi, ha affermato la manifesta infondatezza della questione ritenendo che «la materia disciplinata dalla norma censurata é prettamente amministrativa in quanto riguarda l'inquinamento del suolo di competenza della Regione e propriamente la determinazione delle fattispecie per cui occorre l'autorizzazione amministrativa e quelle che invece ne sono esenti e non importa alcuna modificazione nella configurazione del fatto-reato» (in una vicenda in parte analoga, si veda altresì **l'ordinanza n. 197 del 1991**).

Questi orientamenti vanno tuttavia misurati con altro indirizzo, secondo il quale alle Regioni non sarebbe consentito prevedere, ad esempio, che per lo svolgimento di determinate attività per le quali la legge statale esige il preventivo rilascio da parte della regione stessa di un provvedimento di autorizzazione (sanzionando penalmente il divieto), fosse richiesta non già un'autorizzazione individuale (previa verifica della conformità alla legge delle specifiche modalità con le quali veniva svolta in concreto l'attività), bensì una mera generale autorizzazione, contenuta nella stessa legge regionale a favore di tutti coloro che al momento dell'entrata in vigore esercitassero tale attività (**sentenze n. 234 del 1995; n. 117 del 1991; n. 43 del 1990**).

#### *2.4.4. Riserva di legge e fonti subordinate*

Il principio di riserva di legge statale in materia penale impone limiti precisi anche alle ipotesi in cui il divieto penale richiama od "incorpora" una fonte subordinata rispetto alla legge, quale un regolamento o un provvedimento amministrativo, sia che si tratti di norme penali che rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto (direttamente o per il tramite di un c.d. "elemento normativo di fattispecie"), sia che si tratti di norme penali che – più in generale - sanzionano l'inosservanza di provvedimenti amministrativi (secondo il c.d. "modello ingiunzionale", che appunto pone il precetto penale a garanzia dell'osservanza dell'ordine amministrativo).

L'istanza garantistica specificamente in rilievo viene evidenziata sottolineando la necessità che sia non un atto del potere esecutivo bensì la legge a consentire di «distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, fornendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati» (**sentenza n. 364 del 1988**, e, su quella traccia, **n. 282 del 1990**), pur non richiedendosi che la fonte legislativa debba provvedere ad una integrale descrizione del fatto tipico (secondo le più restrittive posizioni che – nel solco della tradizionale distinzione - si richiamano alla concezione della riserva di legge assoluta).

##### *2.4.4.1. Il criterio della "sufficiente specificazione legale" dell'incriminazione*

Nell'evoluzione della giurisprudenza sul punto, peraltro, i rapporti che - alla luce della previsione di cui all'art. 25, comma 2, Cost. - possono instaurarsi tra fonti primarie e fonti secondarie sono stati declinati secondo impostazioni teoriche differenti.

Per quanto anzitutto concerne le fattispecie che – direttamente o indirettamente – rinviano a fonti secondarie per la specificazione del precetto, nelle pronunce più risalenti la Corte ha dimostrato preferenza per le ricostruzioni dottrinali che assumevano l'integrazione operata dalla fonte subordinata (ad es., il regolamento) a presupposto di fatto del divieto penale, con implicita o esplicita adesione alla c.d. "teoria della disobbedienza" come tale [in particolare, nella **sentenza n.**

**36 del 1964**, concernente il reato di cessione di sostanze stupefacenti (nella specie, l'allora vigente art. 6, l. n. 1041 del 1954), indicate nell'apposito elenco compilato dal Ministero della sanità, richiamandosi al precedente orientamento si afferma che «Atti e provvedimenti dell'amministrazione aventi per oggetto determinazioni di prezzi, denominazioni tipiche di prodotti, modifiche a norme della circolazione stradale, ecc., rispondenti a valutazioni di carattere tecnico o contingente, in connessione con precetti penali posti a garanzia della loro osservanza (...) sono stati ritenuti legittime manifestazioni dell'attività normativa dell'Amministrazione, e le loro specifiche statuizioni considerate al di fuori del precetto penale, il quale deve ritenersi già integralmente costituito con la generica imposizione di obbedienza a quegli atti e provvedimenti»; **sentenze n. 36 e n. 96 del 1964**, rispettivamente considerando l'elenco delle sostanze stupefacenti e l'elenco degli additivi chimici indicati da decreto ministeriale non come "elementi intrinseci del precetto penale" ma come meri "presupposti della sua applicazione"; analogamente, nella **decisione n. 96 del 1964**, l'elenco degli additivi chimici indicati da decreto ministeriale viene considerato non come "elemento intrinseco del precetto penale" ma come mero "presupposto della sua applicazione").

Rispetto a questa linea, un primo mutamento di indirizzo si è registrato nella **sentenza n. 26 del 1966**, nella quale - approfondendo probabilmente uno spunto già rinvenibile nella appena citata **sentenza n. 36 del 1964** - la Corte adatterà il criterio della c.d. "sufficiente determinatezza della fattispecie di fonte legale". In particolare, nella citata sentenza - che si segnala altresì per le affermazioni in merito ai rapporti tra legge statale e leggi regionali (retro, § 2.4.3.) - si opera una significativa distinzione ai fini del rispetto della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost., tra versante precettivo e versante sanzionatorio; distinzione, peraltro, tuttora dominante.

Sul primo fronte, la Corte ritiene che il principio della riserva di legge sia rispettato quando «sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato - non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge - a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»; per quanto attiene al versante sanzionatorio, al contrario, l'approccio della Corte si è dimostrato più restrittivo, reputandosi che la fissazione delle pene debba essere considerata propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi, neppure per aspetti marginali (analogamente la **sentenza n. 69 del 1971**, secondo la quale «il principio di legalità della pena esige, quindi, che "sia sempre ed esclusivamente la legge a determinare con quale misura debba venire repressa la trasgressione dei precetti che essa vuole sanzionati penalmente"»).

Sulla base di questi criteri, la Corte ha escluso la incostituzionalità della disposizione della legge forestale che attribuiva alle Camere di commercio (subentrate ai Comitati forestali) il potere di emanare norme di polizia sanzionate penalmente, dichiarando viceversa illegittimo «l'art. 11 della legge forestale, per il fatto che demanda alle norme locali di polizia forestale emanate dalle Camere di commercio di stabilire a propria scelta (non importa se entro limiti tassativi, indicati con riferimento a un precetto generale altrimenti applicabile) le sanzioni penali da comminare ai trasgressori» (negli stessi termini di cui alla **sentenza n. 26 del 1966**, sono, per esempio, le successive **sentenze n. 61 del 1969; n. 69 e n. 168 del 1971; n. 58 del 1975; n. 108 del 1982; n. 299 del 1992**; diversamente, per taluni aspetti, **sentenze n. 9 e n. 113 del 1972**).

Alla luce dell'anzidetto parametro della "sufficiente specificazione", in particolare, la tecnica di formulazione del precetto penale contemplante il rinvio a regolamento o ad atto amministrativo, direttamente o indirettamente richiamato, è stata dunque ritenuta compatibile col principio di riserva di legge nei diversi schemi in cui essa possa prendere forma.

Da un lato, si è ritenuto non contrastante con il principio di riserva di legge la funzione integrativa svolta da un provvedimento amministrativo, rispetto ad elementi normativi del fatto sottratti alla possibilità di un'anticipata indicazione particolareggiata da parte della legge e demandati alla determinazione tecnica della fonte subordinata, quando il contenuto d'illecito (e la sottesa "scelta di politica criminale") sia comunque definito dalla fonte primaria, come appunto nel

caso degli elenchi delle sostanze psicotrope e stupefacenti contenuti in un decreto ministeriale, correlati ad un divieto i cui essenziali termini normativi risultano legalmente definiti [emblematicamente, la **sentenza n. 333 del 1991**; ma a conclusioni analoghe, sul punto, erano già giunte – inter alia - le **sentenze n. 36 del 1964 e n. 9 del 1972**; analogamente la **sentenza n. 13 del 1992**, ove – specificati i criteri in base ai quali la integrazione tecnica debba essere condotta per essere legittima - si aggiunge che «l'eventuale illegittimità in concreto dell'integrazione amministrativa non pone un problema di compatibilità con il precetto costituzionale della riserva di legge, ma radicherebbe il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare caso per caso il decreto ministeriale suddetto»; negli stessi termini, in materia di disciplina penale dell'igiene degli alimenti si veda pure – con peculiare riferimento all'elenco degli additivi chimici vietati – le **sentenze n. 96 del 1964 e n. 61 del 1969**, ritenendo l'integrazione contenuta entro «(...) i limiti sostanzialmente tecnici segnati da quei principi cui è ispirata nel suo complesso la legge sulla disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande (...)»].

Dall'altro, si è ritenuto del pari compatibile col principio in rilievo l'ipotesi in cui il precetto penale assuma una funzione lato sensu sanzionatoria rispetto a provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa, quando sia la legge ad indicarne presupposti, carattere, contenuti e limiti di modo che il precetto penale riceva «intera la sua enunciazione con l'imposizione del divieto» (**sentenza n. 113 del 1972**), rimarcando nondimeno l'onere del legislatore di determinare con precisione il tipo di provvedimenti cui la tutela si riferisce, consentendone l'individuazione sicura e fissandone i presupposti, e la necessità che «sia soltanto la legge (od atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale sanzione debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente» (così la già citata **sentenza n. 26 del 1966**).

Peraltro, e più in generale, anche di recente si è ribadito come «la riserva di legge in materia penale non esclude che il legislatore possa inserire nella descrizione del fatto incriminato il riferimento ad elementi “esterni” al precetto penale aventi il carattere della “normatività” – i cosiddetti elementi normativi del fatto – postulando, quindi, una integrazione “eteronoma” della norma incriminatrice», e si è ribadito come unico limite a tale integrazione eteronoma del precetto penale quello che, sul fronte del rapporto con le fonti subordinate, esige che sia la legge a dare «una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena» (**sentenza n. 21 del 2009**).

Solo in un caso isolato, del resto, la Corte ha dichiarato l'illegittimità di una fattispecie per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. a motivo del rinvio contemplato dalla legge (penale) a fonte secondaria, concernente una fattispecie in cui veniva demandata al regolamento l'individuazione dei soggetti attivi del reato: si tratta della **sentenza n. 282 del 1990**, con cui è stata dichiarata l'illegittimità del combinato disposto degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 1, della l. 7 dicembre 1984, n. 818, in base a cui i soggetti obbligati a richiedere il rilascio o il rinnovo del certificato prevenzione incendi, nonché il rilascio del nulla-osta provvisorio, erano individuati mediante totale rinvio ad un decreto ministeriale (decreto peraltro preesistente alla data di entrata in vigore della legge che vi rinviava, ma con potere dell'amministrazione di revocarlo, sostituirlo o modificarlo).

Più in particolare, la Corte – assunto che la norma «(...) rimette al regolamento la determinazione della cerchia degli obbligati, che rappresenta peraltro il nucleo fondante il contenuto d'illecito del reato proprio, in quanto tale contenuto discende essenzialmente dal rapporto funzionale intercorrente tra la posizione del soggetto e l'interesse tutelato dalla norma» – ha ritenuto nel caso di specie demandata all'amministrazione «la determinazione di tutti i termini normativi rilevanti per l'individuazione del fatto tipico, contraddicendo l'esigenza che sia la legge, e solo la legge dello Stato, a stabilire, con sufficiente precisione, gli estremi del fatto»; anche se va sottolineato come, nel caso di specie, l'accoglimento sia stato determinato anche da altra censura in punto di legalità, avendo la Corte altresì giudicato la tecnica normativa in questione “suscettibile d'indurre incertezze sul contenuto del fatto ed in questo senso non corrispondente neppure alle esigenze del principio di determinatezza» (**sentenza n. 282 del 1990**).

Nella sentenza in discorso, peraltro, parte della dottrina ha ritenuto di non rinvenire alcuna frattura rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale, ampiamente richiamata in motivazione; altra parte della dottrina, al contrario, ha ritenuto di potervi rintracciare una distinzione tra fattispecie integrate da fonti secondarie, aventi portata generale, in chiave di mera specificazione tecnica, e fattispecie consistenti nell'inosservanza di provvedimenti amministrativi, per le quali, viceversa, il criterio di verifica della legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., sarebbe quello della sufficiente specificazione. Tale ultima ricostruzione è, a sua volta, messa in dubbio da altra parte della dottrina, che, pur ritenendo rintracciabile una differenziazione nella giurisprudenza costituzionale, reputa che essa corra piuttosto lungo uno spartiacque diverso, rappresentato dalla appartenenza della norma penale di riferimento alla categoria delle norme penali che rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto o, piuttosto, alla categoria delle norme penali che puniscono l'inosservanza tanto di regolamenti (o atti amministrativi generali) dell'Esecutivo quanto di provvedimenti amministrativi. A tale ultima distinzione corrisponderebbero due schemi di giudizio diversi, che vedrebbero la Corte, nel primo caso, incentrare il proprio giudizio sul contenuto della legge penale, per verificare che essa indichi in modo sufficientemente preciso il contenuto dell'illecito ovvero che essa richieda un apporto della fonte integratrice meramente tecnico; nel secondo caso, spostare il giudizio della norma penale sulla legge che deve conferire la base legale sufficientemente specifica al regolamento o provvedimento la cui inosservanza è punita.

Invero, nella giurisprudenza costituzionale (e probabilmente anche nella stessa **sentenza n. 282 del 1990**) non sembrerebbe propriamente rinvenibile una diversità di criteri alla luce dei quali la Corte verifica il rispetto o meno dell'art. 25, comma 2, Cost. da parte della previsione legislativa censurata. Il criterio parrebbe piuttosto unico, quello ovverosia – ed in ogni caso - della sufficiente specificazione: alla stregua di esso il caso dell'integrazione in chiave meramente tecnica del precetto ad opera di fonte subordinata rappresenterebbe un'esemplificazione del criterio piuttosto che un criterio esso stesso. Significativa, in tal senso, sarebbe la **sentenza n. 333 del 1991**, in cui la Corte pone l'accento sulla predeterminazione del contenuto essenziale del precetto penale da parte della fonte legislativa, con ampio richiamo di precedenti concernenti tanto analoga ipotesi di integrazione del precetto ad opera di regolamenti/atti amministrativi generali quanto l'ipotesi di inosservanza di provvedimenti della P.a.

#### 2.4.4.2. (segue) Le fattispecie centrate sull'inosservanza dei provvedimenti amministrativi (e, più in generale, le cc.dd. norme penali in bianco)

Oltre ai casi di norme penali che, direttamente o per il tramite di un elemento normativo, rinviano a fonti secondarie la specificazione del precetto, in base a questa impostazione è stata dunque ritenuta esente da censure di ordine costituzionale anche la tipologia delle fattispecie volte a sanzionare l'inosservanza di provvedimenti della pubblica autorità (secondo il c.d. "modello ingiunzionale"), normalmente ricondotte alla più generica categoria delle cc.dd. "norme penali in bianco", categoria di cui peraltro la prevalente dottrina ritiene paradigma emblematico l'art. 650 c.p. ("Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità").

Dopo una prima fase in cui i profili di illegittimità sono stati rigettati alla luce degli originari costrutti teorici cui la giurisprudenza si riferiva [si veda la **sentenza n. 52 del 1967**, sull'art. 15, comma 1, del t.u.l.p.s., approvato con r.d. n. 773 del 1931, ove la Corte affermò che la norma impugnata «(...) si limita a sanzionare la disobbedienza a un ordine legittimo dell'autorità, come in altri numerosi casi previsti dall'ordinamento vigente, e, in via generale, dall'art. 650 c.p.», precisando che «alla base della legittimità della norma impugnata c'è infatti il dovere del cittadino di collaborare con l'autorità di polizia per la prevenzione e la repressione dei reati, per la sicurezza e la pubblica tranquillità (...)»], un orientamento costante ha ritenuto il modello in esame di per sé

non contrastante con il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost., ove rispettoso del limite della "sufficiente specificazione" ad opera di fonte legislativa.

Così, la **sentenza n. 168 del 1971**, in merito ad una impugnativa direttamente concernente l'art. 650 c.p. ha dichiarato infondata la questione rilevando che «Nel caso dell'art. 650 c.p. la materialità della contravvenzione è descritta tassativamente in tutti i suoi elementi costitutivi e si pone in essere col rifiuto cosciente e volontario di osservare un provvedimento dato nelle forme legali dall'autorità competente per ragioni di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene. Spetta al giudice indagare, di volta in volta, se il provvedimento sia stato emesso nell'esercizio di un potere-dovere previsto dalla legge e se una legge dello Stato determini "con sufficiente specificazione" le condizioni e l'ambito di applicazione del provvedimento» (nello stesso senso, anche l'**ordinanza n. 11 del 1977**; con riferimento all'art. 665 c.p., "Agenzie di affari ed esercizi pubblici non autorizzati o vietati" - disposizione ritenuta «uno speciale modo d'essere di quella contenuta nell'art. 650 del codice penale» ed ora abrogata -, si veda, con cadenze analoghe, la **sentenza n. 21 del 1973**).

Gli stessi principi, del resto, sono richiamati per vagliare la compatibilità costituzionale delle cc.dd. "norme penali in bianco", categoria in cui si ricomprendono quelle disposizioni in cui il contenuto del precetto è individuato da una norma diversa da quella che statuisce la pena: pur evitando di prendere posizione sulla sottesa questione dogmatica, la Corte ritiene non contrastante questa tipologia strutturale ove sia comunque la legge, e non la fonte subordinata richiamata, a specificare il contenuto del divieto in tutte le sue componenti essenziali (ossia nei relativi presupposti, caratteri e limiti: si veda la **sentenza n. 58 del 1975**), spesso escludendo che il rinvio a diversa fonte in chiave di ulteriore specificazione valga di per sé a privare di autonomia precettiva la norma (così, ad esempio, in relazione all'art. 348 c.p., la **sentenza n. 199 del 1993**).

Del resto, la irrilevanza della validità o meno della definizione come "norme penali in bianco" emerge con chiarezza nella **sentenza n. 186 del 1982**, nella quale, con riferimento ad una norma della legislazione in materia di armi (art. 2, comma 3, della l. n. 110 del 1975), si afferma che «tuttavia, quand'anche il precitato comma venisse considerato norma in bianco, non per questo dovrebbe ritenersi violativo dell'art. 25 Cost., adempite le condizioni innanzi indicate», aggiungendosi come «In dottrina si ritiene quasi unanimemente che la norma in bianco non violi, di per sé, il principio di riserva di legge» [per una più recente applicazione, con riferimento all'art. 262 c.p., "Rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione", si veda anche la **sentenza n. 295 del 2002**, dove la Corte ha ritenuto possibile una lettura del quadro normativo idonea «a sottrarre la disposizione impugnata al sospetto di violazione del principio di tassatività della fattispecie di reato, nonché del principio di legalità in materia penale sotto il profilo della riserva di legge», posto che, con riguardo a quest'ultimo profilo, «risulta (...) rinvenibile nella legge una sufficiente specificazione dei presupposti, dei caratteri, del contenuto e dei limiti dell'atto di natura amministrativa che impone il divieto assistito da sanzione penale, tale da permettere un efficace controllo incidentale di legittimità dell'atto medesimo»].

#### *2.4.5. Riserva di legge e margini di intervento della Corte costituzionale: il divieto di pronunce additive in malam partem*

Per giurisprudenza costante, il secondo comma dell'art. 25 Cost. «nell'affermare il principio che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte Costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti» (**sentenza n. 161 del 2004**).

La Corte ha costantemente concluso per la inammissibilità delle questioni che comportavano la richiesta «di un intervento additivo che si risolva in un aggravamento della posizione sostanziale dell'imputato» (**ordinanza n. 175 del 2001**). A mero titolo esemplificativo si possono citare, tra le

molte, la **sentenza n. 411 del 1995**, secondo la quale non rientra fra i poteri spettanti alla Corte introdurre nell'ordinamento una nuova norma diretta ad assoggettare a sanzione penale l'uccisione immotivata di un animale da parte del proprietario, richiesta dal rimettente per ovviare all'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla condotta di chi compie sevizie e maltrattamenti nei confronti dell'animale, sanzionata penalmente; la **ordinanza n. 580 del 2000**, che ha escluso la possibilità di estendere interpretativamente la portata dell'art. 203 della legge fallimentare a condotte incidenti sul patrimonio personale del socio, non comprese nell'incriminazione; o, ancora, l'**ordinanza n. 175 del 2001**, per la quale la questione, volta ad ottenere la reintroduzione della fattispecie di oltraggio, espressamente abrogata, «manifestamente eccede i compiti di questa Corte, poiché la qualificazione delle condotte ai fini della repressione penale è espressione di una scelta discrezionale riservata al legislatore».

Questo limite di intervento condiziona anche le decisioni volte a ripristinare la ragionevolezza della norma, condizionata dalla presenza di un riferimento discriminatorio (sul punto, più diffusamente, infra, § 5.1.): così, nella **sentenza n. 508 del 2000**, la Corte - nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 402 c.p. in tema di vilipendio della religione di Stato, in quanto viola i principi fondamentali di eguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione e di uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, si sottolinea che, «sebbene il ripristino dell'eguaglianza violata possa avvenire non solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione ma anche estendendone la portata per ricomprendervi i casi discriminati», questa seconda soluzione non è percorribile, poiché ad essa osta «la particolare riserva di legge stabilita dalla Costituzione in materia di reati e pene» (tuttavia, nella **sentenza n. 440 del 1995**, con riferimento al reato di bestemmia previsto all'art. 724 c.p., si era adottata la diversa soluzione volta ad abolire il riferimento discriminatorio alla sola "religione dello Stato", estendendo di fatto la portata incriminatrice della norma).

Non sono, dunque, ammissibili interventi della Corte che, incidendo su taluni elementi del tipo, abbiano l'effetto di estendere l'incriminazione, alterando le linee di politica criminale seguite dal legislatore.

Così, nella **sentenza n. 161 del 2004** concernente le fattispecie di false comunicazioni sociali (artt. 2621-2622 c.c.), la Corte ha escluso di poter adottare una pronuncia che - intervenendo sul regime di procedibilità a querela previsto per una delle ipotesi di mendacio societario, ovvero sulle soglie di rilevanza percentuale che condizionano la punibilità, - avrebbe comportato l'estensione dell'ambito applicativo delle norme penali, confermando il principio in base al quale tale scelta «resta comunque [...] sottratta al sindacato di questa Corte, la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost., al legislatore, sovrapporre ad essa [...] una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l'area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice» (analogamente, con riferimento a riequilibri in malam partem proposti in materia penale tributaria, **sentenza n. 49 del 2002**).

Analogamente, l'**ordinanza n. 164 del 2007**, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, della l. n. 251 del 2005, nella parte in cui, sostituendo l'art. 99 c.p., ha limitato la recidiva ai soli delitti non colposi, escludendo così che gli aumenti di pena per essa previsti possano applicarsi a chi commetta una contravvenzione, ha ribadito l'impossibilità di un intervento che si tradurrebbe in una pronuncia additiva in malam partem, comportando l'estensione dell'ambito applicativo di un istituto, la recidiva, che implica una serie di effetti negativi per il reo, posto che la riserva di legge «demandando in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, impedisce alla Corte [...] anche di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità».

Anche di recente, del resto, si è riaffermata con chiarezza l'inammissibilità di pronunce creative od ampliative di fattispecie penali, ribadendo che la stessa preclusione vige anche con riferimento agli interventi volti ad incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla

punibilità (**ordinanze n. 204, n. 66 e n. 5 del 2009**): ove la Corte ha giudicato manifestamente inammissibile, in particolare, una questione volta a censurare l'irragionevolezza della disposizione (art. 649, terzo comma, c.p.) che esclude dall'ambito di operatività della speciale causa di non punibilità di cui allo stesso art. 649 c.p. (comma 1°) il delitto di usura ex art. 644 c.p. (**ordinanza n. 285 del 2012**).

#### 2.4.5.1. (segue) Il sindacato sulle cc.dd. "norme penali di favore"

Nondimeno, il limite posto dal divieto di pronunce con effetti in malam partem registra una singolare eccezione nell'ipotesi in cui oggetto di sindacato siano cc.dd. "norme penali di favore", ossia «le norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni» (nella definizione generale offerta dalla **sentenza n. 394 del 2006**): tali norme - irragionevolmente discriminatorie in melius - possono essere censurate, per contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost. (infra, § 5.1), facendo rivivere, dunque, l'eventuale disciplina più generale, applicabile nel giudizio a quo ancorché più sfavorevole.

Secondo un orientamento prevalente in passato (espresso, ad esempio, nelle **sentenze n. 91 del 1979, n. 122 del 1977, n. 85 del 1976 e n. 25 del 1975**), la Corte considerava l'impugnativa di tali norme inammissibile, per difetto di rilevanza, considerato che, in base al disposto dell'art. 25, comma 2, Cost., e dell'art. 2 c.p., il giudice sarebbe stato comunque tenuto ad applicare alla fattispecie concreta la disposizione impugnata, pena la violazione del principio di irretroattività delle norme incriminatrici (che sarebbe conseguita all'applicazione della disposizione più sfavorevole previgente che riprende vigore in seguito alla declaratoria di illegittimità della norma di favore).

L'indirizzo iniziale ha subito un chiaro mutamento con la **sentenza n. 148 del 1983**, dove la Corte – pur ribadito che «nessun soggetto, imputato di aver commesso un fatto del quale la norma penale abbia escluso l'antigiuridicità, potrebbe venir condannato [...] per il solo effetto di una sentenza [...] che dichiarasse illegittima la norma stessa» – ha ammesso la possibilità di poter sindacare tali peculiari norme penali, a fronte dell'ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile». Nella nota pronuncia, del resto, si è altresì puntualizzato che non è esatto affermare la irrilevanza nel giudizio a quo di una decisione avente ad oggetto norme di favore, sia perché «l'eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze», sia perché la decisione della Corte «non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi» (senza contare che il vaglio sulla norma di favore potrebbe comunque condurre alla possibilità di una "sentenza interpretativa di rigetto" o di "una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione").

Sulla traccia aperta dalla **sentenza n. 148 del 1983**, e seguita già da altre decisioni (**sentenze n. 167 e 194 del 1993; n. 124 del 1990; n. 826 del 1988**), anche in rapporto a questioni di costituzionalità dirette a conseguire una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di determinate figure di reato (**sentenza n. 25 del 1994**; e si vedano, altresì, le **ordinanze n. 95 del 2004 e n. 433 del 1988**), la possibilità di sindacare le norme di favore è stata riaffermata dalla recente **sentenza n. 394 del 2006**, che ha dichiarato l'illegittimità di talune norme penali in materia di falsità elettorali (l'art. 1, della l. n. 61 del 2004, nella parte in cui ha sostituito il terzo comma dell'art. 90 del d.p.r. n. 570 del 1969, e il terzo comma dell'art. 100, del d.p.r. n. 361 del 1957), che avevano introdotto una disciplina penale speciale, e significativamente attenuata rispetto alle comuni fattispecie codicistiche in materia di falsità documentali (previste dai Capi III e IV del

Titolo II del Libro II del codice penale), nell'ipotesi in cui la falsità avesse ad oggetto "l'autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori e di candidati" ovvero consistesse nella falsa formazione, in tutto o in parte, di liste di elettori o di candidati.

Nella decisione, si è anzitutto ribadito che il peculiare sindacato sulle norme penali di favore, nonostante gli effetti in malam partem che ne conseguono, non appare in contrasto con il principio di riserva di legge: infatti «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo: e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico attraverso cui tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale e meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva» (**sentenza n. 394 del 2006**).

Quanto alla nozione di norme penali di favore, la **sentenza n. 394 del 2006** ha avuto inoltre modo di puntualizzare che sono tali quelle disposizioni che «"sottraggono" una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», che sia compresente nell'ordinamento, «rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva». Più in particolare – anche sulla base dell'orientamento precedente – la Corte ha ribadito come «occorra distinguere fra le previsioni che "delimitano" l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato; e quelle che invece "sottraggono" una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», precisando che «solo a queste ultime si attaglia in effetti – ove l'anzidetta sottrazione si risolve nella configurazione di un trattamento privilegiato – la qualificazione di norme penali di favore [...]» (mentre le prime sarebbero espressive di «una valutazione legislativa in termini di "meritevolezza" ovvero di "bisogno" di pena", idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale», e come tale insindacabile dalla Corte: così, infatti, la **sentenza n. 161 del 2004**, con riferimento alle strategie - giudicate appunto "delimitative" – affermate con la riforma delle fattispecie di false comunicazioni sociali, artt. 2621 e 2622 c.c.).

Per quanto concerne, infine, i profili di ordine processuale, la Corte non ritiene ostativi all'accoglimento della impugnativa concernente norme di favore né il principio di irretroattività né il principio di retroattività della legge penale più favorevole.

In merito al primo, che verrebbe in rilievo ove il fatto oggetto di giudizio sia stato commesso "sotto l'impero della norma di favore", la Corte osserva che – «ferma restando l'assoluta intangibilità del principio in forza del quale nessun soggetto potrebbe essere condannato, o condannato a pena più severa, per un fatto che, nel momento in cui è stato commesso, non costituiva per legge reato, o costituiva reato meno grave» - anche in tali casi le pronunce in esame «potrebbero comunque influire sull'esercizio della funzione giurisdizionale», sotto un triplice profilo (peraltro già tratteggiato, come si è visto, nella **sentenza n. 148 del 1983**): in primo luogo, potendo incidere sulle formule di proscioglimento, o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze

penali (i quali dovrebbero impennarsi sul primo comma dell'art. 2 c.p. anziché sulla disposizione annullata); in secondo luogo, «perché anche le norme penali di favore fanno parte del sistema, e lo stabilire in qual modo il sistema potrebbe reagire al loro annullamento è problema che i singoli giudici debbono affrontare caso per caso»; in terzo luogo e da ultimo, «perché non può escludersi che il giudizio della Corte sulla norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia correttiva delle premesse esegetiche su cui si fonda l'ordinanza di remissione: donde una serie di decisioni suscettibili di influire sull'esito del giudizio pendente» (**sentenza n. 394 del 2006**).

Quanto poi ai fatti commessi nella vigenza della originaria fattispecie più grave, alla riespansione di quest'ultima, conseguente alla declaratoria di illegittimità della norma di favore, non pone ostacolo neppure il principio dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole, il quale – trovando fondamento e limiti nel principio di eguaglianza – da un lato «è suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli», dall'altro «è destinato a trovare applicazione in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima», come appunto è da escludersi nel caso delle norme in esame (**sentenza n. 394 del 2006**).

#### *2.4.6. - Riserva di legge e “diritto giurisprudenziale”*

Benchè la questione abbia una valenza sistematica ben più complessa e trasversale, nel “capitolo” della riserva di legge può essere anche ed anzitutto analizzata la posizione della Corte costituzionale in relazione al ruolo rivestito dalla “fonte” giurisprudenziale: fonte che – come è noto – negli orientamenti delle Corti europee, e segnatamente nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, in più occasioni è stata equiparata alla fonte legislativa, specie per declinare talune garanzie discendenti dall'art. 7 CEDU (Nessuna pena senza legge).

Proprio muovendo da questa equiparazione è stata recentemente indirizzata alla Corte una questione di legittimità concernente l'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non include, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna (nonché del decreto penale e della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti), anche il “mutamento giurisprudenziale”, determinato da una decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato.

La norma censurata, ad avviso del giudice rimettente, avrebbe comportato – appunto ed inter alia - una violazione dell'art. 7 CEDU (e per quella via dell'art. 117, primo comma cost., secondo la nota teoria della “norma interposta” fatta propria dalla Corte a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007), posto che tale disposizione convenzionale – secondo l'interpretazione datane dalla Corte EDU – da un lato sancisce implicitamente anche il principio di retroattività dei trattamenti penali più favorevoli, e, dall'altro, ingloba appunto nel concetto di “legalità” in materia penale non solo il diritto di produzione legislativa, ma anche quello di derivazione giurisprudenziale.

La Corte, tuttavia, ha giudicato infondata la questione con una argomentazione articolata e perentoria (**sentenza n. 230 del 2012**).

Anzitutto, si è rilevato come la Corte EDU non abbia “mai sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della lex mitior ai mutamenti di giurisprudenza”, ricordandosi altresì come il principio stesso – diversamente dal principio di irretroattività - sia stato sempre considerato compatibile con deroghe ragionevoli; e così giungendo alla conclusione – sul punto – “che l'ipotetica “norma convenzionale interposta”, chiamata a fungere da parametro di verifica della legittimità della disposizione denunciata, risulta in realtà priva di attuale riscontro nella giurisprudenza della Corte europea” (**sentenza n. 230 del 2012**).

Inoltre, e per quanto maggiormente interessa, si è puntualizzato come la richiesta pronuncia addittiva – oltre a comportare “una vera e propria sovversione “di sistema”, venendo a creare un

generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni Unite e i giudici dell'esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio (...) con risultati, peraltro, marcatamente disarmonici, stante l'estraneità della regola dello stare decisis alle coordinate generali dell'ordinamento" - fosse basata, appunto, su una premessa chiara quanto inaccettabile, ossia che "la consecutio tra due contrastanti linee interpretative giurisprudenziali equivalga ad un atto di produzione legislativa": "[a]d opporsi ad una simile equazione – secondo la Corte - non è, peraltro, solo la considerazione [...] attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni unite. Vi si oppone anche, e prima ancora – in uno alla più volte evocata riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, secondo comma, Cost. – il principio della separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge" (**sentenza n. 230 del 2012**).

"Né la conclusione perde di validità – aggiunge ancora la Corte – per il solo fatto che la nuova decisione dell'organo della nomofilachia sia nel segno della configurabilità di una abolitio criminis. Al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (eius est abrogare cuius est condere)" (**sentenza n. 230 del 2012**).

Anche in relazione ad ulteriori censure prospettate dal rimettente (con riferimento agli artt. 13 e 27, terzo comma, Cost.), del resto, la Corte ribadisce l'erroneità della premessa concettuale su cui poggiano, "ossia la pretesa che che la consecutio tra diversi orientamenti giurisprudenziali equivalga ad una operazione creativa di nuovo diritto (oggettivo)": dove "siffatta erronea esegesi" – si afferma conclusivamente – "comporterebbe la consegna al giudice, organo designato all'esercizio della funzione giurisdizionale, di una funzione legislativa, in radicale contrasto con i profili fondamentali dell'ordinamento costituzionale" (**sentenza n. 230 del 2012**).

### 3. Il principio di colpevolezza

#### 3.1. L'evoluzione interpretativa sull'art. 27, comma 1, Cost., e il principio della responsabilità personale e colpevole

Il principio fissato dall'art. 27, comma 1, Cost. – ove si stabilisce che "la responsabilità penale è personale" – ha subito, come noto, una profondissima evoluzione nei tracciati della giurisprudenza costituzionale.

Dopo una fase iniziale in cui la disposizione è stata interpretata nella sua accezione minimale, ricavandone un mero "divieto di responsabilità per fatto altrui" (sin dalla **sentenza n. 3 del 1956**, in materia di responsabilità penale dei direttori di periodico; ma così anche, ad esempio, le **sentenze n. 107 del 1957** e **n. 22 del 1973**, **n. 209 del 1983**, tutte in materia di error aetatis), la Corte ha progressivamente amplificato tutte le potenzialità dell'istanza personalistica accogliendo definitivamente il principio di colpevolezza, a partire dalla **decisione n. 364 del 1988**: nelle pieghe argomentative di quella "fondamentale" pronuncia, argomentando soprattutto alla luce della finalità rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) – che sarebbe frustrata in radice dall'irrogazione di una sanzione avulsa dalla rimproverabilità soggettiva del fatto addebitato – si è specificato che "per fatto proprio" non deve intendersi «il fatto collegato al soggetto, all'azione dell'autore, dal mero nesso di causalità materiale [...] ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, il quale deve investire – almeno nella forma della colpa – gli elementi più significativi della fattispecie tipica».

La **sentenza n. 364 del 1988** sull'art. 5 c.p., che per la sua importanza merita di essere richiamata in sintesi, ha preso le mosse da una ricostruzione di matrice contrattualistica dei doveri costituzionali dello Stato attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali, e dei corrispondenti doveri informativi del cittadino: in particolare, a fronte dell'obbligo statale

(implicato dagli artt. 73, comma 3, e 25, comma 2, Cost.) di introdurre fattispecie penali «non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da essere percepite anche in funzione di norme “extrapenali di civiltà”, effettivamente vigenti nell’ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare» (c.d. “principio di riconoscibilità”), si è contrapposto l’obbligo dei cittadini di adempiere a «strumentali, specifici doveri di conoscenza», che però trovano il proprio limite nell’inadempimento dei correlativi obblighi statali, cosicché nell’ipotesi di ignoranza (o di errore) inevitabile sulla legge penale non è possibile affermare la responsabilità penale del soggetto. Del resto, afferma la Corte «far sorgere l’obbligo giuridico di non commettere il fatto penalmente sanzionato senza alcun riferimento alla consapevolezza dell’agente, considerare violato lo stesso obbligo senza dare alcun rilievo alla conoscenza od ignoranza della legge penale e dell’illiceità del fatto, sottoporre il soggetto agente alla sanzione più grave senza alcuna prova della sua consapevole ribellione od indifferenza all’ordinamento tutto, equivale a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati (...)».

Ancora più esplicita la **sentenza n. 1085 del 1988**, di poco successiva, secondo la quale «perché l’art. 27, primo comma, Cost., sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano cioè investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati».

Questo impianto argomentativo, e gli approdi a cui è giunto, è stato ribadito anche di recente, riconoscendo il principio di colpevolezza come principio di garanzia fondamentale ed inderogabile, come tale insuscettibile di essere sacrificato dal legislatore ordinario in nome della tutela penale di eventuali controinteressi, ancorché di rango costituzionale: insieme ai principi di legalità e di irretroattività della legge penale – si è affermato nella **sentenza n. 322 del 2007** - il principio di colpevolezza «mira (...) a garantire ai consociati libere scelte d’azione, sulla base di una valutazione anticipata (“calcolabilità”) delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; “calcolabilità” che verrebbe meno ove all’agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. In pari tempo, il principio di colpevolezza svolge un ruolo “fondante” rispetto alla funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.): non avrebbe senso, infatti, “rieducare” chi non ha bisogno di essere “rieducato”, non versando almeno in colpa rispetto al fatto commesso. D’altronde, la finalità rieducativa della pena non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili, almeno in parte, a prescindere dalla “rimproverabilità” dell’autore. Punire in difetto di colpevolezza, al fine di dissuadere i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale “negativa”) o di “neutralizzare” il reo (prevenzione speciale “negativa”), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell’essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall’art. 2 Cost.».

Da questa prospettiva, il percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale italiana, se culmina in accenti che sembrano richiamare quello seguito – ad esempio - dal Bundesverfassungsgericht (che riconosce lo Schuldprinzip come rifrazione del principio della “dignità umana”: di recente, tra le tante, BVerfG, 2BvE 2/08, 30 giugno 2009, il c.d. “Lissabon-Urteil”), non sembra così distante – specie nell’impianto della sentenza n. 364 del 1988 - neppure da quello recentemente seguito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale - pur nel silenzio della Convenzione EDU sul punto - ha comunque proposto argomentazioni che – dopo aver coltivato per diverso tempo le indicazioni ricavabili dalla “presunzione di innocenza” (art. 6 CEDU)

– lo hanno finalmente riconosciuto come conseguenza implicita del principio di legalità (art. 7 CEDU).

In particolare, nella sentenza C. Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e a.*, la Corte ha per la prima volta affermato che – nonostante l’art. 7 CEDU non menzioni espressamente il legame psicologico tra l’elemento materiale dell’infrazione e la persona che è considerata come autore – «la logica della pena e della punizione così come la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la nozione di “personne coupable” (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di affermare un elemento di responsabilità nella condotta dell’autore materiale dell’infrazione. In mancanza, la pena non sarebbe giustificata. D’altronde, sarebbe incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d’altra parte, permettere che si consideri una persona come “colpevole” e “punirla” ancorché non fosse in condizione di conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non possa affatto essere imputato a chi ne è stato vittima» (§§ 116-117).<sup>13</sup>

### **3.2. Il collegamento psichico tra agente e “nucleo significativo della fattispecie” e la sua necessaria rimproverabilità**

Costituisce assunto consolidato, dunque, che il principio di colpevolezza – nell’accezione “estensiva” fatta ormai propria dalla Corte Costituzionale - esige che ogni elemento significativo del fatto di reato sia addebitato all’autore a titolo di dolo, o, quanto meno, a titolo di colpa; e che oltre al collegamento (almeno nella forma della colpa) tra soggetto agente e fatto (o tra soggetto ed elemento significativo della fattispecie), risulta altresì necessaria la rimproverabilità dello stesso soggettivo collegamento.

Alla “regola della rimproverabilità” si sottrarrebbero «soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l’area del divieto, condizionano, appunto, quest’ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi)» (**sentenza n. 1085 del 1988**).

In sostanza, alla luce di queste precisazioni, «il principio di personalità della responsabilità penale potrebbe dirsi rispettato solo quando il precetto penale sia formulato in termini tali da garantire il collegamento psichico tra l’agente e il “nucleo significativo o fondante della fattispecie”, nel quale si risolve il disvalore del fatto incriminato, giustificando così la funzione della pena, che ne consegue» (**sentenza n. 322 del 2007**).

Queste fondamentali acquisizioni hanno trovato peraltro spazio in diverse decisioni di accoglimento, che hanno dunque consacrato la efficacia dimostrativa del principio in questione, e dunque la sua concreta giustiziabilità (retro, § 1.1).

---

<sup>13</sup> Peraltro, e solo per inciso, il principio affermato nella decisione della Corte EDU *Sud Fondi srl. e a. c. Italia* sembra aprire nuovi orizzonti alla discussione su (la legittimità de) le diverse ipotesi di “responsabilità oggettiva”, che nella prospettiva dell’art. 6 CEDU sono di regola giudicate compatibili con le garanzie previste dalla Convenzione: si veda di recente, in relazione alla previsione della responsabilità oggettiva in ordine all’età della persona offesa (di cui alla sezione 5 del *Sexual Offences Act*), la decisione Corte EDU, sez. IV, 30 agosto 2011, *G. c. Regno Unito*, che ha appunto escluso la violazione dell’art. 6 (oltre che dell’art. 8) CEDU, affermando – in linea con il proprio costante orientamento – che se da un lato la presunzione di innocenza si esplica nell’attribuzione dell’onere probatorio all’organo dell’accusa circa l’esistenza degli elementi del reato, dall’altro tale regola non impedisce, tuttavia, al legislatore di prevedere presunzioni di fatto o di diritto e, conseguentemente, ipotesi di responsabilità oggettiva, purché entro ragionevoli limiti che tengano conto degli interessi tutelati e del rispetto del diritto di difesa dell’imputato, concludendo appunto che – entro tali ragionevoli limiti – non è compito della Corte definire gli elementi costitutivi dei reati né i contenuti del diritto penale interno dei singoli Stati.

Da un lato la già citata **sentenza n. 364 del 1988**, intervenuta sulla disposizione del codice penale (art. 5 c.p.) concernente il principio dell'irrelevanza dell'ignoranza o errore sulla legge penale (ignorantia legis non excusat), dichiarandone l'illegittimità «nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile» (decisione poi “replicata” con la **sentenza n. 61 del 1995**, con riferimento alla disposizione del codice penale militare di pace – l'art. 39 - in tema di inescusabilità dell'ignoranza dei doveri inerenti allo stato militare); dall'altro, rispetto alle componenti di tipo volitivo della fattispecie, con la **sentenza n. 1085 del 1988** è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del delitto di c.d. “furto d'uso” (art. 626, comma 1, c.p.), nella parte in cui non contempla l'ipotesi in cui la mancata restituzione della cosa sia dovuta a caso fortuito o a forza maggiore, non essendo tale ipotesi addebitabile al soggetto per carenza di ogni profilo di rimproverabilità soggettiva (mentre si è escluso – con riguardo alla omologa figura criminosa prevista dal codice penale militare – art. 233, comma 1, numero 1 – che il principio di colpevolezza imponesse di riconoscere rilievo, a vantaggio del reo, anche alla diversa ipotesi in cui la mancata restituzione fosse dovuta a colpa, anziché a dolo, dell'agente stesso: **sentenza n. 179 del 1991**; la Corte ha altresì ritenuto manifestamente inammissibile una analoga questione sollevata con riferimento all'art. 314 c.p. – ossia la mancata estensione della fattispecie di peculato d'uso all'ipotesi in cui la mancata restituzione della cosa fosse dovuta a caso fortuito o forza maggiore – in ragione della mancata verifica preliminare della praticabilità di una soluzione interpretativa diversa da quella posta a base del dubbio di costituzionalità propsettato”: **ordinanza n. 287 del 2011**).

### *3.3. Il principio di colpevolezza come criterio interpretativo*

I principi affermati nelle sentenze del 1988 – nell'imporre con chiarezza il canone della responsabilità per fatto proprio e colpevole - hanno avuto un significato di grande spessore assiologico e di orientamento culturale, ma anche un notevole potenziale critico, specie al cospetto di un codice penale, quale quello italiano, che presenta diverse ipotesi costruite – in modo più o meno palese – su criteri di responsabilità oggettiva, variamente dislocate negli istituti di “parte generale” come in singole norme di “parte speciale”.

Così, il principio *nullum crimen sine culpa* ha trovato un seguito sempre maggiore sia in talune riforme legislative (basti pensare al regime delle circostanze aggravanti nella fattispecie monosoggettiva e nella disciplina del concorso di persone, rispettivamente artt. 59 e 118 c.p., come modificati dalla legge 7 febbraio 1990, n. 19), sia nella ricostruzione ermeneutica di singoli istituti ad opera dei giudici ordinari, a volte consolidando o rigorizzando indirizzi interpretativi già chiariti dalla Corte anche prima del 1988.

In effetti, lo sforzo di correzione interpretativa delle ipotesi di responsabilità per fatto altrui o delle ipotesi di responsabilità oggettiva (“pura” o “mista”, “palese” o “occulta”, etc.), specie mediante il richiamo più o meno esplicito all'esigenza di un nesso psicologico consistente nella prevedibilità o rappresentabilità dell'evento non direttamente voluto, ha toccato – con maggior o minor successo - diversi istituti (basti pensare alla **sentenza n. 42 del 1965**, sull'art. 116 c.p., dove la Corte – ai fini dell'imputazione della responsabilità per il reato diverso e più grave al concorrente ignaro - ha indicato come necessario l'accertamento non solo di un nesso di causalità materiale «ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso e più grave commesso dal concorrente – per potergli essere attribuito - debba poter rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermando in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza»; ma su quella scia analoghe pronunce dei giudici ordinari hanno interessato l'*aberratio delicti*, i delitti aggravati dall'evento, l'omicidio preterintenzionale, etc.): ed anche nelle decisioni più recenti, d'altronde, si è chiarito espressamente come il principio di colpevolezza

rappresenti non solo un vincolo per il legislatore nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici, ma anche un indispensabile canone ermeneutico per il giudice (non diversamente – come si vedrà – per quanto si afferma con riferimento al principio di offensività: infra, § 4.4.).

Su questa linea, in particolare, si colloca la **sentenza n. 322 del 2007**, sull'art. 609-sexies c.p. che sancisce – come l'abrogato art. 539 c.p. – l'irrelevanza dell'errore sull'età della vittima infraquattordicenne nei delitti contro la libertà sessuale (c.d. "error aetatis"): la Corte, pur rilevando un "indubbio" contrasto della disciplina con il principio di colpevolezza - e dunque prendendo le distanze da precedenti decisioni (**sentenze n. 107 del 1957; n. 22 del 1962; n. 19 del 1971 e n. 209 del 1983**) - ha dichiarato la questione inammissibile (ravvisando una incongruenza tra premesse argomentative e petitum), ma ha nondimeno indicato la via di una interpretazione adeguatrice, precisando come anche nella norma in esame debba essere pur sempre accertato – da parte del giudice – il nucleo minimo della rimproverabilità del fatto al suo autore («incida esso sulla norma o sugli elementi normativi del fatto, come nei casi esaminati dalle **sentenze n. 364 del 1988 e n. 61 del 1995**, ovvero sugli elementi del fatto stesso, come nell'ipotesi di specie»), a pena di dover riconoscere la rilevanza scusante dell'errore inevitabile sull'età (ai sensi dell'art. 5 c.p.).

A margine dell'evoluzione che ha visto consolidare in materia penale il principio della responsabilità personale e colpevole, va peraltro ricordato come la Corte – anticipando un percorso argomentativo che appare in linea con recenti approdi della giurisprudenza della Corte EDU – ha esteso il principio di personalità della responsabilità a tutte le sanzioni caratterizzate da un significativo contenuto di afflittività, pur riconoscendogli spazio nel contesto di una più generale valutazione di ragionevolezza della scelta legislativa.

Così, in particolare, la **sentenza n. 27 del 2005**, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 126-bis del Codice della strada (d. lgs. n. 285 del 1992, come successivamente modificato), nella parte in cui prevedeva che, nel caso di mancata individuazione del conducente responsabile della violazione, la "decurtazione dei punti della patente" dovesse essere effettuata a carico del proprietario del veicolo.

Nella decisione, in particolare, si è messo in evidenza come la sanzione – nonostante l'indubbio contenuto afflittivo (dati i riflessi sulla "legittimazione alla conduzione di ogni veicolo") – risultasse assolutamente "sui generis" (non essendo riconducibile ad alcun contegno direttamente posto in essere dal proprietario del veicolo in relazione alla violazione delle norme concernenti la circolazione stradale), e seguisse – in particolare - uno schema di imputazione ammissibile sì per sanzioni aventi il carattere della (mera) patrimonialità, ma inaccettabile al cospetto di una conseguenza a "carattere schiettamente personale" (ed infatti la decisione, coerentemente con la differenziazione tipologica tra i vari tipi di sanzioni e il diverso grado di personalizzazione e afflittività - ha tuttavia "salvato" la previsione della sanzione pecuniaria contemplata dall'art. 126-bis, da infliggersi al proprietario del veicolo in caso di omessa comunicazione nei termini dei dati identificativi del trasgressore).

Il difetto di legittimità è stato dunque affermato senza distaccarsi dal consolidato orientamento volto a negare copertura costituzionale al principio stabilito dall'art. 3 della l. n. 689 del 1981, e senza dunque condividere il «pur denunciato contrasto tra la norma censurata e il principio costituzionale fissato dall'art. 27 della Costituzione» (si veda, ad esempio, l'**ordinanza n. 159 del 1994**, ove la Corte – chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale per asserito contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., di alcune disposizioni della legge Regione Sicilia n. 127 del 1980, a norma delle quali, "per l'esercizio non autorizzato dell'attività di escavazione" si prevedeva una sanzione fissa e non graduabile in relazione al grado di colpa – si è pronunciata per la manifesta infondatezza della questione sollevata, affermando categoricamente come il principio di personalità della pena non avesse «alcuna attinenza con le sanzioni amministrative concernendo esclusivamente quelle penali», posto che «l'autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale» portava ad escludere «quella omogeneità di situazioni ex art. 27 Cost. che il giudice a quo pone a

fondamento della relativa questione»); la Corte ha infatti sottolineato che è «proprio la peculiare natura della sanzione prevista dall'art. 126-bis, al pari della sospensione della patente incidente anch'essa sulla "legittimazione soggettiva alla conduzione di ogni veicolo", che fa emergere l'irragionevolezza della scelta legislativa di porre la stessa a carico del proprietario del veicolo che non sia anche il responsabile dell'infrazione stradale».

#### 4. I principi di materialità e offensività

Sul fronte del controllo contenutistico sull'opzione penale, come si è accennato, la Corte – nel rispetto dell'art. 28 della l. n. 87 del 1953 - ha costantemente riconosciuto, in linea di principio, ampio spazio all'apprezzamento del legislatore, sia con riferimento alla scelta dei beni/interessi/valori dedotti come oggetto di tutela penale ed alla struttura stessa delle fattispecie incriminatrici, sia con riferimento all'equilibrio delle scelte sanzionatorie, assumendo che le valutazioni da cui dipende la decisione di ricorrere o meno alla sanzione criminale «attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal modo d'applicazione delle sanzioni penali) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche, e pertanto non controllabili in questa sede» (**sentenza n. 409 del 1989**).

Si è a più riprese precisato, così, che «rientra nella discrezionalità del legislatore sia l'individuazione delle condotte punibili, sia la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni, discrezionalità che può essere oggetto di censura, in sede di scrutinio di costituzionalità, soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto o arbitrario, così da confliggere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza» (**ordinanza n. 262 del 2005**; tra le tante, **sentenze n. 447 del 1998** e **n. 250 del 2010**; la stessa discrezionalità, del resto, è riconosciuta quando si tratta di "depenalizzare fatti già configurati come reato", salvo sempre il limite della ragionevolezza: **sentenza n. 273 del 2010**; **ordinanze n. 212 del 2004**; **n. 144 del 2001**; altresì, **sentenza n. 52 del 1996**; ed essa si estende, quanto al comparto sanzionatorio, anche alla scelta della tipologia e della entità delle sanzioni accessorie: **sentenza n. 345 del 2006**, in tema di confisca obbligatoria del ciclomotore utilizzato per commettere taluni reati).

In questa cornice, che appare riconoscere spazi valutativi alla Corte solo ove le opzioni in ordine alla selezione delle condotte punibili (ed alla configurazione del trattamento sanzionatorio) risultino "manifestamente irragionevoli", non mancano in realtà strumenti di più peculiare controllo critico, garantiti, in particolare, dai principi di materialità e di offensività del reato: tali principi fissano infatti precisi limiti contenutistici all'utilizzo della sanzione penale ed alla tipizzazione delle fattispecie, in una direzione che – convergendo con le istanze di sussidiarietà e di extrema ratio - reclama l'utilizzo della pena solo in relazione a comportamenti esteriori (a "fatti" e non a "modi di essere" della persona, secondo quanto imposto dall'art. 25, comma 2, Cost.) connotati da un disvalore particolarmente significativo (o persino lesivi di "interessi di rilievo costituzionale"), tale da giustificare l'esigenza di risocializzazione dell'autore mediante la massima sanzione (art. 27, comma 3, Cost.), consistente nel sacrificio – attuale o potenziale – della libertà personale (art. 13 Cost.), e comunque nella compromissione di diritti fondamentali.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte dimostra, peraltro, che i principi di materialità ed offensività – quando assurgono a parametri di legittimità costituzionale – sono a volte considerati in una dimensione autonoma, ma che gli stessi entrano spesso anche nei paradigmi argomentativi del giudizio di ragionevolezza sulla scelta legislativa.

#### 4.1. Il principio di offensività come criterio di controllo sui contenuti (e/o gli oggetti di tutela) delle fattispecie penali

Non diversamente da quanto si è detto con riferimento al principio di colpevolezza (retro, § 3.3), il principio di offensività, è costantemente affermato, peraltro, in una duplice veste: non solo come canone di controllo delle scelte di politica criminale, ma anche come criterio ermeneutico indirizzato al giudice (infra, § 4.4), posto che “una lettura sistematica” dell’art. 25 Cost., «cui fanno da sfondo (...) l’insieme dei valori connessi alla dignità umana, postula, infatti, un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento dell’astratta predisposizione normativa a quello dell’applicazione concreta da parte del giudice» (**sentenza n. 263 del 2000; n. 225 del 2008**).

Sotto il primo profilo, la Corte in più occasioni – come accennato - ha sottolineato, da un lato, come l’utilizzo della sanzione penale sia giustificato solo dalla necessità di tutelare «valori almeno di rilievo costituzionale» (**sentenza. 364 del 1988**), e la analoga necessità che «il diritto penale costituisca davvero la extrema ratio di tutela della società»; sottolineando che «il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve (...) circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (...) libertà personale, l’ambito del penalmente rilevante» (**sentenza n. 409 del 1989**), e puntualizzando ancora che «il sistema penale delineato dalla Costituzione tende ancor oggi (...) a ridurre la quantità di norme penali, e, così, a concentrare queste ultime nella sola tutela, necessaria (ultima ratio) di pochi beni, significativi od almeno <importanti>, per l’ordinato vivere sociale» (**sentenza n. 487 del 1989**).

Peraltro, focalizzando maggiormente il profilo della sussidiarietà, l’idea che la pena debba costituire l’extrema ratio è stata ulteriormente specificata chiarendo che la stessa è mezzo «da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali» (**sentenza n. 317 del 1996**; analogamente, **sentenza n. 447 del 1998**; ma sul punto, si veda infra, § 4.1.1.).

Quanto, poi, al vaglio sulla necessaria attitudine lesiva dei comportamenti incriminati rispetto a beni “meritevoli di tutela”, il canone di offensività è stato costantemente affermato come limite di rango costituzionale alla discrezionalità legislativa «che spetta indubbiamente alla Corte di rilevare» (**sentenze n. 360 del 1995; n. 263 del 2000; n. 354 del 2002**).

Solo in casi sporadici, tuttavia, tali importanti affermazioni di principio si sono tradotte in un vaglio concreto sulla consistenza e sulla “quotazione” del bene/interesse/valore dedotto come oggetto di tutela nella norma penale, conducendo ad una decisione di accoglimento, che peraltro è giunta sempre sulla base di un percorso argomentativo che ha inquadrato le valutazioni in termini di offensività nel paradigma della ragionevolezza (e/o della irragionevolezza rispetto ai valori o agli scopi): un esempio si ha con la **sentenza n. 189 del 1987**, con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del reato di esposizione non autorizzata (nel territorio nazionale italiano) di bandiera di stato estero (artt. 1 e 3 della l. n. 1085 del 1929), ritenendo che – una volta superato il clima politico dell’epoca fascista e la sua vocazione nazionalista, emblemizzata nella bandiera nazionale come unico “simbolo” ostensibile – la scelta della sanzione penale risultasse del tutto irrazionale, perché «attraverso la penalizzazione del fatto in esame, non è tutelato alcun bene giuridico: il fatto stesso manca di qualsiasi oggetto giuridico specifico e della benché minima ratio incriminandi».

Un ulteriore esempio può essere visto nella **sentenza n. 519 del 1995**, concernente il reato di mendicizia non invasiva (art. 670 c.p.): fattispecie giudicata illegittima sia per la riconosciuta inidoneità dell’incriminazione a tutelare beni giuridici “apprezzabili” [la «(...) tranquillità pubblica, con qualche riflesso sull’ordine pubblico»] sia alla luce del mutato atteggiamento della coscienza sociale nei confronti di comportamenti consistenti in semplici “richieste di solidarietà” [«un tempo ritenuti pericolo imminente per una ordinata convivenza (...)»].

Anche in recenti pronunce emerge, del resto, la cautela con cui la Corte conduce il proprio sindacato sugli oggetti di tutela, e sulla corrispondente idoneità lesiva delle condotte incriminate.

Così, nella **sentenza n. 250 del 2010**, concernente il c.d. “reato di clandestinità” (l’art. 10-bis del d. lgs. n. 286 del 1998, contravvenzione che sanziona “l’ingresso o il soggiorno illegale nel territorio dello Stato”, e dunque l’ingresso clandestino in Italia da parte degli stranieri, o la permanenza irregolare dei c.d. “overstayers”), la Corte non solo ha ritenuto infondato l’addebito in punto di materialità<sup>14</sup> - escludendo che il nuovo reato abbia ad oggetto un mero “modo d’essere della persona” -, ma ha altresì negato la (ritenuta) immeritevolezza dell’interesse ravvisato come oggetto di tutela, affermando che «il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice è, in realtà, agevolmente identificabile nell’interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria – trattandosi del resto, del bene giuridico “di categoria”, che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998 – e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero».

La Corte, sul punto, ha ulteriormente precisato che «L’ordinata gestione dei flussi migratori si presenta, in specie, come un bene giuridico “strumentale”, attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici “finali”, di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata. Ciò, secondo una strategia di intervento analoga a quella che contrassegna vasti settori del diritto penale complementare, nei quali la sanzione penale – specie contravvenzionale – accede alla violazione di discipline amministrative afferenti a funzioni di regolazione e controllo su determinate attività, finalizzate a salvaguardare in via preventiva i beni, specie sovraindividuali, esposti a pericolo dallo svolgimento indiscriminato delle attività stesse (basti pensare, ad esempio, al diritto penale urbanistico, dell’ambiente, dei mercati finanziari, della sicurezza del lavoro). Caratteristica, questa, che nel caso in esame, viene peraltro a riflettersi nell’esiguo spessore della risposta punitiva prefigurata dalla norma impugnata, di tipo meramente pecuniario. E’ incontestabile, in effetti, che il potere di disciplinare l’immigrazione rappresenti un profilo essenziale della sovranità dello Stato, in quanto espressione del controllo del territorio [...]» [**sentenza n. 250 del 2010, § 6.3**].

#### *4.1.1. (segue) Il principio di proporzionalità e il principio di sussidiarietà: il margine di valutazione sull’idoneità/adequatezza della sanzione penale e sulla scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa*

Se il controllo sulla quotazione (e “meritevolezza di tutela”) dei beni giuridici oggetto di protezione penale appare in generale molto limitato, e circoscritto ai profili accennati, le valutazioni in ordine all’adequatezza (o idoneità) della scelta legislativa rispetto agli scopi ed alla scelta in ordine allo strumento sanzionatorio più efficace – nell’alternativa tra sanzione penale e sanzione amministrativa – muovono in un ambito dove la Corte ritiene di non poter condurre alcun apprezzamento.

Anche relativamente a questi profili non mancano, per vero, importanti affermazioni di principio, sia in ordine al principio di proporzionalità, sia in ordine al principio di sussidiarietà, ma gli stessi sono per lo più riconosciuti o richiamati come meri “criteri informativi” o “direttive di politica

---

<sup>14</sup> La Corte ha appunto ribadito che «oggetto dell’incriminazione non è un “modo di essere” della persona, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative “fare ingresso” e “trattenersi” nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull’immigrazione o della disciplina in tema di soggiorni di breve durata per visite, affari, turismo e studio, di cui all’art. 1 della l. n. 68 del 2007: locuzioni cui corrispondono, rispettivamente, una condotta attiva istantanea (il varcare illegalmente i confini nazionali) e una a carattere permanente il cui nucleo antidoveroso è omissivo (l’omettere di lasciare il territorio nazionale, pur non essendo in possesso di un titolo che renda legittima la permanenza)»: **sentenza n. 250 del 2010, § 6.2**.

criminale” (secondo «programmi di politica generale, e criminale in ispecie, nonché giudizi prognostici che soltanto lo Stato può formulare»: **sentenza n. 487 del 1989**).

Quanto al primo, in talune decisioni è affiorata la considerazione del principio di proporzionalità, «inteso non soltanto quale proporzione tra gravità del fatto e sanzione penale bensì, anche e soprattutto, quale <criterio generale> di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire» (**sentenza n. 487 del 1989**): un principio che si assume valido per l'intero diritto pubblico, a termini del quale la scelta dei mezzi e strumenti, da parte dello Stato, per raggiungere i propri fini, «va limitata da considerazioni razionali rispetto ai valori», e che - con peculiare riferimento al campo del diritto penale - equivarrebbe «a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni o valori offesi dalle predette incriminazioni» (si veda la **sentenza n. 409 del 1989**, che rigetta, sul punto, la doglianza, ravvisando l'adeguatezza della scelta legislativa in merito alla sanzione detentiva, e l'indisponibilità di altri idonei strumenti extrapenali).

Quanto al secondo, la Corte - come accennato - ha valorizzato con maggiore insistenza e continuità l'istanza di sussidiarietà: così, si è sottolineato che «l'incriminazione costituisce una *extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando [...] lo ritenga necessario per l'assenza o l'insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela» (**sentenza n. 447 del 1998**); come pure si è affermato, persino con più decisione, che il diritto penale - appunto in quanto *extrema ratio* - costituisce «il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato» (**sentenza n. 189 del 1987**).

In ogni caso, se si eccettuano rare eccezioni (ad esempio, la già segnalata **sentenza n. 409 del 1989**), la Corte ha espressamente chiarito - anche di recente - di non poter esprimere valutazioni circa l'adeguatezza o idoneità della sanzione penale e la rispondenza agli scopi di tutela del legislatore: così, nella **sentenza n. 22 del 2007**, si è affermato che: «Non spetta a questa Corte esprimere valutazioni sull'efficacia della risposta repressiva penale rispetto a comportamenti antiggiuridici che si manifestino nell'ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell'epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza».

Analogamente, nella **sentenza n. 250 del 2010**, oltre a ribadirsi lo stretto margine di valutazione in ordine all'oggetto di tutela, si è ribadito come la stessa scelta circa lo strumento sanzionatorio più idoneo sia tendenzialmente rimessa alla discrezionalità legislativa, cosicché - escluso che la norma in esame mirasse a sanzionare una mera presunzione di pericolosità dello straniero irregolare (sul punto, infra, § 4.3.) - si è ritenuta non sindacabile, nel caso di specie, la scelta di tutelare penalmente la violazione della disciplina amministrativa sul soggiorno (presidio della regolarità dei flussi migratori ed interesse strumentale a beni giuridici “finali” avvalorati - sottolinea la decisione - da un sicuro aggancio costituzionale): ciò, appunto, in base alla considerazione generale per la quale la scelta di strutturare la relativa violazione come illecito penale, e non più come mera infrazione amministrativa «rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo la qualità ed il livello dell'intervento repressivo in materia» (**sentenza n. 250 del 2010**).

Merita segnalare poi la **sentenza n. 273 del 2010**, in tema di sindacato sulle scelte di depenalizzazione compiute dal legislatore, con cui sono state dichiarate inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 1999, come modificato dal d.lgs. n. 258 del 2000, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui sanziona come mero illecito amministrativo le condotte - in precedenza penalmente rilevanti - di derivazione o di utilizzazione di acqua pubblica in assenza di provvedimento di autorizzazione o concessione dell'autorità competente. Nell'occasione, la Corte ha ricordato, ancora una volta, che «il potere di configurare le ipotesi criminose, determinando la pena per ciascuna di esse, e di depenalizzare fatti dianzi

configurati come reati [...] rientra nella discrezionalità legislativa censurabile, in sede di sindacato di costituzionalità, solo nel caso in cui sia esercitata in modo manifestamente irragionevole» (richiamandosi alla **sentenza n. 364 del 2004**, ed, ex plurimis, alla meno recente **sentenza n. 313 del 1995**; ed alle **ordinanze n. 58 del 1999**; **n. 144 del 2001**; **n. 110 del 2003**) e che «La sanzione penale non è l'unico strumento attraverso il quale il legislatore può cercare di perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri [...]. Vi può essere uno spazio nel quale tali obblighi e doveri sono operanti, ma non assistiti da sanzione penale, bensì accompagnati da controlli e da responsabilità solo amministrative o politico-amministrative. Ed è anzi rimesso alla scelta discrezionale del legislatore, purché non manifestamente irragionevole, valutare quando e in quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura costituisce extrema ratio, da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali».

#### **4.2. Il principio di offensività come criterio di controllo sulle tecniche di (anticipazione della) tutela: i reati di pericolo presunto e il limite della “manifesta irrazionalità”**

Anche con riferimento ai profili strutturali della fattispecie penale, come si accennava, la Corte ha fundamentalmente riservato alla discrezionalità del legislatore il livello e il modulo di anticipazione della tutela, rinunciando, in sostanza, a sindacare le stesse scelte tecniche di costruzione dell'illecito penale secondo lo schema del reato di danno ovvero di pericolo, ovvero secondo una particolare forma di tipizzazione del pericolo (salva sempre la possibilità, come si vedrà, di “correggerle” in via ermeneutica, attraverso l'inserimento di un requisito di pericolosità concreta o attraverso una lettura interpretativa di singoli elementi del tipo in chiave di particolare “pregnanza”).

Anche di recente si è ribadito che «l'ampia discrezionalità» che va riconosciuta al legislatore penale «si estende anche alla scelta delle modalità di protezione penale dei singoli beni e o interessi» e che «rientra (...) in detta sfera di discrezionalità l'opzione per le forme di tutela avanzata, che colpiscono l'aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo (...) nonché, correlativamente, l'individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva» (**sentenza n. 225 del 2008**).

In questa cornice, dunque, anche le anticipazioni di tutela declinate su precipue presunzioni di pericolosità (reati di pericolo astratto o presunto) non risultano di per sé sindacabili, almeno fin quando tale scelta non appaia manifestamente “irrazionale o arbitraria”, contrastando con l'id quod plerumque accidit (in questo senso, si vedano ad esempio le **sentenze n. 1 del 1971**; **n. 71 del 1978**; **n. 139 del 1982**; **n. 126 del 1983**; **n. 62 del 1986**; **n. 333 del 1991**; **n. 133 del 1992**; **n. 360 del 1995**).

Così, solo a titolo di esempio, nella **sentenza n. 333 del 1991**, in materia di stupefacenti, la Corte, dopo aver espressamente affermato che «le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale», ha puntualizzato che «è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale fare riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali o arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all'id quod plerumque accidit».

Non constano, tuttavia, sentenze di accoglimento fondate sulla mancanza o erroneità dei presupposti scintifici delle fattispecie “di pericolo astratto” portate al vaglio della Corte.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Nondimeno vi sono state dichiarazioni di illegittimità costituzionale di talune contravvenzioni del TULPS fondate su argomenti di fatto che escludono il pericolo per l'interesse protetto: in particolare, la sentenza n. 125 del 1963 ha

Quanto ai criteri secondo i quali può essere condotto il sindacato sulle presunzioni di pericolosità delle condotta sottoposta a pena, e sulla “base empirica” che fonda il giudizio presuntivo del legislatore, può ricordarsi che la Corte ha precisato – con puntualizzazioni di valenza più generale, ed in decisioni concernenti diversi settori - che l’irragionevolezza di una presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia “agevole” formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (così, relativamente all’affermata irragionevolezza della presunzione “assoluta” di adeguatezza della sola misura della custodia cautelare per taluni reati, la sentenza **n. 265 del 2010**, relativamente ai reati di induzione alla prostituzione minorile o di favoreggiamento o sfruttamento della stessa, di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenne; la sentenza **n. 164 del 2011**, in tema di omicidio volontario; la sentenza **n. 231 del 2011**, concernente l’associazione finalizzata al traffico di stupefacenti; la sentenza **n. 331 del 2011**, relativa alle figure di favoreggiamento dell’immigrazione illegale; altresì, la sentenza **n. 110 del 2012**, concernente l’associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei reati in materia di contraffazione di marchi o altri segni distintivi e di importazione o detenzione a fini di commercio delle cose recanti i segni contraffatti; la sentenza **n. 57 del 2013** in relazione ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-bis cod. pen. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; la sentenza **n. 213 del 2013**, in relazione al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, ex art. 630 c.p.; la sentenza **n. 232 del 2013** in relazione al delitto di violenza sessuale di gruppo, ex art. 609-octies c.p.; argomentando in termini similari, è stata peraltro dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 12, comma 4-bis, d. lgs. n. 286 del 1998, recante una disciplina analoga a quella contenuta nell’art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p.; ma si veda anche, in diverso ambito, la sentenza **n. 172 del 2012**, concernente l’irragionevolezza del diniego di regolarizzazione dello straniero extracomunitario automaticamente correlato alla pronuncia di una sentenza di condanna per uno dei reati di cui all’art. 381 cod. proc. pen., nella quale pure si è affermato essere l’arbitrarietà della disciplina tanto più palese in relazione al caso – oggetto di una delle ordinanze di rimessione - in cui l’automatismo operasse in forza di una sentenza non definitiva di condanna per uno dei reati contemplati da tale norma, posto che – se dalla sentenza non definitiva possono desumersi elementi in grado di orientare la formulazione del giudizio di pericolosità – “urta, invece, in modo manifesto con il principio di ragionevolezza che siano collegate alla stessa, in difetto del giudicato ed in modo automatico, conseguenze molto gravi, spesso irreversibili, per il lavoratore extracomunitario, nonostante che la stessa commissione del reato potrebbe non essere sicuramente sintomatica della pericolosità sociale del medesimo”).

#### **4.3. Offensività e illegittimità delle tipologie punitive (o aggravatrici) esclusivamente fondate su condizioni o qualità personali (“reati d’autore”)**

Nel quadro delineato, il settore dove il principio di offensività ha manifestato in modo più perentorio le proprie potenzialità critiche – giungendo a fondare decisioni di accoglimento ed affermandosi dunque come “norma invalidante” - è stato senza dubbio quello delle norme penali

---

dichiarato l’illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute negli ultimi tre commi dell’art. 110 del t.u. delle leggi di pubblica sicurezza, approvato con r. d. 18 giugno 1931, n. 773, in riferimento all’art. 41 Cost., nella parte in cui fanno divieto di concedere licenze per l’uso, nei luoghi pubblici o aperti al pubblico, di apparecchi o di congegni automatici di puro trattenimento, senza cioè alcuna possibilità di dar luogo a giuoco o scommesse; la sentenza n. 121 del 1963 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle norme contenute nei primi quattro commi dell’art. 128 del TULPS, nella parte in cui tali norme riguardano operazioni su oggetti preziosi “nuovi” (non precedentemente già venuti a privati), pure in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost. (sul punto, D. PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli, 1985, 133 ss.; più di recente, ID., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., 1004, 1010 ss.).

costruite su modelli fondamentalmente (o esclusivamente) soggettivistici, o su veri e propri “tipi d’autore”.

In questa peculiare prospettiva, il principio in esame è stato affermato come canone che vieta di costruire norme penali su presunzioni di pericolo irragionevolmente fondate solo su condizioni o qualità soggettive: queste vengono censurate dalla Corte sia ove siano poste a base di fattispecie penali, sia ove esse fondino semplici aggravamenti del trattamento sanzionatorio.

Un chiaro esempio del primo caso può essere ravvisato già nella **decisione n. 354 del 2002**, con la quale la Corte ebbe a dichiarare costituzionalmente illegittima la contravvenzione di cui all’art. 688, comma 2, c.p., a norma del quale – dopo la depenalizzazione della fattispecie di cui al primo comma ad opera dell’art. 54 del d.lgs. n. 507 del 1999 – la rilevanza penale dello stato di ubriachezza veniva a dipendere esclusivamente dall’aver “riportato condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità pubblica”. Pur utilizzando come modulo argomentativo il paradigma della ragionevolezza, il vero fulcro di quella decisione appariva già centrato sul principio di offensività, principio ritenuto incompatibile con una fattispecie dove tutto il carico di lesività risultava ormai incentrato su condizioni e qualità individuali e, in particolare, sul vissuto giudiziario dell’autore: se un simile modello rimandava ormai – nelle parole della Corte - ad “una sorta di reato d’autore”, tale schema punitivo si poneva «in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale posto sotto il presidio di questa Corte».<sup>16</sup>

Sviluppando e potenziando questo orientamento, la recente **decisione n. 249 del 2010**, ha riconosciuto piena ed autonoma capacità dimostrativa al principio di offensività, affrontando l’ipotesi in cui la presunzione di pericolosità, (irragionevolmente) fondata su un semplice status, sia posta a base non di una incriminazione autonoma, bensì di un aggravamento di pena, come nel caso di specie, concernente l’art. 61, n. 11, c.p., che prevedeva una circostanza aggravante comune per i fatti commessi dal colpevole «mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale».

In particolare, l’aggravante c.d. “della clandestinità”, introdotta dall’art. 1, comma 1, lett. f), del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito con modificazioni, dall’art. 1 della legge 24 luglio 2008, n. 125, è stata riconosciuta in contrasto sia con il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., sia con il principio di offensività (ricondotto all’art. 25, comma 2, Cost.), ritenuti incompatibili con una «presunzione generale ed assoluta di maggiore pericolosità dell’immigrato irregolare, che si riflette sul trattamento sanzionatorio di qualunque

---

<sup>16</sup> Così la **sentenza n. 354 del 2002**, di cui si riportano i passaggi decisivi: «Oltre ad aver trasformato una semplice circostanza aggravante in elemento costitutivo del reato, ciò che comporta, nel caso dell’ubriachezza, la rilevata incongruenza, la disposizione censurata è affetta dagli ulteriori vizi, anch’essi denunciati dal remittente, derivanti dalla violazione dei principi costituzionali di legalità della pena e di orientamento della pena stessa all’emenda del condannato, ai quali, in base agli articoli 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost., deve attenersi la legislazione penale. L’aver riportato una precedente condanna per delitto non colposo contro la vita o l’incolumità individuale, pur essendo evenienza del tutto estranea al fatto reato, rende punibile una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, non assume alcun disvalore sul piano penale. Divenuta elemento costitutivo del reato di ubriachezza, la precedente condanna assume le fattezze di un marchio, che nulla il condannato potrebbe fare per cancellare e che vale a qualificare una condotta che, ove posta in essere da ogni altra persona, non configurerebbe illecito penale. Il fatto poi che il precedente penale che qui viene in rilievo sia privo di una correlazione necessaria con lo stato di ubriachezza rende chiaro che la norma incriminatrice, al di là dell’intento del legislatore, finisce col punire non tanto l’ubriachezza in sé, quanto una qualità personale del soggetto che dovesse incorrere nella contravvenzione di cui all’art. 688 del codice penale. Una contravvenzione che assumerebbe, quindi, i tratti di una sorta di reato d’autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite posto sotto il presidio di questa Corte (...). Tale limite, desumibile dall’art. 25, secondo comma, Cost., nel suo legame sistematico con l’insieme di valori connessi alla dignità umana, opera in questo caso nel senso di impedire che la qualità di condannato per determinati delitti possa trasformare in reato fatti che per la generalità di soggetti non costituiscono illecito penale».

Peraltro, seguendo una prospettiva sostanzialmente non dissimile, la Corte aveva già censurato l’art. 708 c.p. (*Possesso ingiustificato di valori*), ritenendo che la suddetta norma sancisse una «discriminazione nei confronti di una categoria di soggetti composta da pregiudicati per reati di varia natura o entità contro il patrimonio», senza una corrispondenza effettiva ed attuale tra la condizione in discorso e la funzione di tutela dell’incriminazione: **sentenza n. 370 del 1996**.

violazione della legge penale da lui posta in essere»; ciò perché «il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali del soggetto che derivino dal precedente compimento di atti “del tutto estranei al fatto-reato», poiché una simile “responsabilità penale d'autore” si pone – lo si ribadisce appunto sulla traccia della **decisione n. 354 del 2002** – «in aperta violazione del principio di offensività».

Nella **sentenza n. 250 del 2010**, il principio di offensività ha visto dunque ribadito il suo ruolo di argine invalicabile con cui devono confrontarsi le modellistiche del “soggettivismo penale”: ogni giudizio di pericolosità soggettivo, infatti, può essere legittimo solo se «frutto di un accertamento particolare, da effettuarsi caso per caso, con riguardo alle circostanze concrete ed alle personali caratteristiche soggettive», dovendo superare (non un semplice accertamento di non manifesta irragionevolezza, bensì) “un vaglio positivo di ragionevolezza”, tanto più quando la differenziazione punitiva risulta centrata su “condizioni personali e sociali”, ossia su uno dei (sette) parametri «esplicitamente menzionati dal primo comma dell'art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono indispensabile uno scrutinio stretto delle fattispecie sospettate di violare o derogare all'assoluta irrilevanza delle “qualità” elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline» (**sentenza n. 249 del 2010**, con espresso richiamo ai precedenti offerti dalle **decisioni n. 354 del 2002 e n. 370 del 1996**). E ciò, perché «comportamenti pregressi dei soggetti non possono giustificare normative penali che attribuiscono rilevanza – indipendentemente dalla necessità di salvaguardare altri interessi di rilievo costituzionale – ad una qualità personale e la trasformino, con la norma considerata discriminatoria, in un vero “segno distintivo” delle persone rientranti in una data categoria, da trattare in modo differenziato rispetto a tutti gli altri cittadini» (**sentenza n. 249 del 2010**).

Nella specie, la Corte ha dunque ravvisato un contrasto tra la «presunzione generale ed assoluta di maggior pericolosità dell'immigrato irregolare», già censurata in precedenti decisioni<sup>17</sup> e riconosciuta quale ratio sostanziale della norma censurata, e l'art. 25, comma 2, Cost. «che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali»; ritenuto, poi, che tale principio appare senza dubbio valevole «anche in rapporto agli elementi accidentali del reato», la Corte ha concluso che «la previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a considerare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore» (**sentenza n. 249 del 2010, § 9**).

Da questa come dalle precedenti decisioni in termini segnalate si ricava – in definitiva - una chiara indicazione: al cospetto del principio di offensività nessuna scelta o modulazione sanzionatoria può essere giustificata su connotati d'autore sic et simpliciter, qualora tale differenziazione soggettiva sia di per sé inespressiva – almeno secondo l'id quod plerumque accidit – di un maggior danno o di un maggior pericolo per il bene giuridico tutelato (**sentenza n. 249 del 2010, § 5**), risultando altresì, in tali casi, tanto più irragionevolmente discriminatoria alla luce del principio di eguaglianza.

#### **4.4. Il principio di offensività come “canone interpretativo universalmente accettato”**

---

<sup>17</sup> Al riguardo, la Corte aveva già avuto modo di dichiarare la illegittimità costituzionale delle norme dell'ordinamento penitenziario che precludevano allo straniero irregolare l'accesso a misure alternative alla detenzione, affermando che «il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato [...] non è univocamente sintomatico [...] di una particolare pericolosità sociale» (**sentenza n. 78 del 2007**).

Oltre ad averlo valorizzato come canone di politica criminale fundamentalmente indirizzato al legislatore, riconoscendolo come “norma invalidante” pur nei limiti che si sono segnalati, un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte – che ha preso corpo in un crescente numero di decisioni interpretative di rigetto - ne ha altresì sollecitato l’impiego quale criterio ermeneutico rivolto al giudice, come tramite per una rilettura sostanzialistica di fattispecie declinate su una pericolosità meramente astratta, o costruite su vere e proprie presunzioni di pericolo: in questa luce, si è più volte riconosciuto il principio in esame come “canone interpretativo universalmente accettato”, tale da imporre al giudice il compito di accertare volta a volta che il comportamento solo astrattamente pericoloso, e dunque apparentemente carente di note di lesività, abbia raggiunto un minimum di offensività nella fattispecie oggetto di giudizio.

In altri termini, se da un lato – come si è visto - si è affermato che «l’ampia discrezionalità» da riconoscersi al legislatore penale «si estende anche alla scelta delle modalità di protezione penale dei singoli beni e o interessi» e che in essa va ricompresa la possibilità di scegliere «forme di tutela avanzata, che colpiscano l’aggressione ai valori protetti nello stadio della semplice esposizione a pericolo (...)», dall’altro si è ribadito che «tali soluzioni debbono misurarsi, nondimeno, con l’esigenza di rispetto del principio di necessaria offensività del reato», in una ripartizione di competenze tra giudice costituzionale e ordinario da tempo chiarita nei suoi precisi confini: «spetta, in specie, alla Corte – tramite lo strumento del sindacato di Costituzionalità – procedere alla verifica dell’offensività “in astratto”, acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo; esigenza che, nell’ipotesi del ricorso al modello del reato di pericolo, presuppone che la valutazione legislativa del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all’id quod plerumque accidit», ma ove tale condizione risulti insoddisfatta, «il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell’esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività “in concreto”)», di modo che «esso – rimanendo impegnato ad una lettura “teleologicamente orientata” degli elementi di fattispecie, tanto più attenta quanto più le formule impiegate dal legislatore appaiano, in sé, anodine o polisense – dovrà segnatamente evitare che l’area di operatività dell’incriminazione si espanda a condotte prive di un’ apprezzabile idoneità lesiva» (**sentenza n. 225 del 2008**).

In effetti, la Corte almeno dalla metà degli anni ’80 ha valorizzato l’offensività di livello ermeneutico, talvolta richiamando espressamente l’art. 49 c.p. che, a livello codicistico, ha offerto l’appiglio concettuale alla nota concezione realistica del reato, ma comunque evidenziando che «spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l’incriminazione di una fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò che, non raggiungendo la soglia dell’offensività dei beni in discussione, è fuori dal penalmente rilevante» (**sentenza n. 62 del 1986**, in materia di armi ed esplosivi, ove si è rilevato che: «E’ appunto compito del giudice e non del legislatore stabilire se una minima quantità di esplosivo sia, nella concreta fattispecie, idonea ad offendere i beni tutelati dalle normative in discussione»).

Questo costrutto argomentativo, sollecitando riletture sostanzialistiche capaci di stemperare la astratta frizione con il principio di necessaria lesività, si è dunque affermato come strumento conservativo le cui potenzialità devono essere sperimentate e valorizzate dal giudice ordinario (a pena di inammissibilità della questione), ed ha trovato riconoscimento ed applicazione nei più disparati settori: dalla materia delle armi ed esplosivi (la già citata **sentenza n. 62 del 1986**, che ha inaugurato l’indirizzo), al settore penale tributario (**ordinanza n. 437 del 1989**), al settore dei reati in materia di stupefacenti (**sentenze n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995; n. 296 del 1996**), sino al settore del diritto penale militare, strutturalmente incline a coniugarsi su valori formali o persino eticizzanti (così, la **sentenza n. 24 del 1989**, dove la Corte - dichiarando infondata la questione concernente l’art. 180, comma 1, c.p.m.p. - ha indicato al giudice una chiave interpretativa tale da fissare il margine di rilevanza penale su quelle sole “arbitrarie adunanze militari” connotate da carattere ostile e sedizioso, come tali lesive della disciplina e, al contempo,

foriere di «una situazione di concreto pericolo nei confronti dell'efficienza dell'Istituzione in funzione dei fini costituzionali»).

L'impiego ermeneutico del principio di offensività ha trovato applicazione, di recente, anche in un campo di materia – quello dei “reati di sospetto” - da sempre ritenuto ispirato alla modellistica del “diritto penale d'autore”: nella **decisione n. 225 del 2008** relativa all'art. 707 c.p., la Corte ha escluso il preteso contrasto con il principio di offensività “in astratto” da un lato negando che la disposizione prefiguri una responsabilità “per il modo d'essere dell'autore”; dall'altro, sottolineando comunque che «sarà, per il resto, compito del giudice ordinario evitare che – a fronte della descrizione, per certi versi, non particolarmente perspicua del fatto represso – la norma incriminatrice venga a colpire anche fatti concretamente privi di ogni connotato di pericolosità», verificando in particolare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, che dovranno risultare «tanto più significative (...) nella direzione dell'esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio» «quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso».<sup>18</sup>

Solo per inciso, un tale schema argomentativo risulta ricevuto e penetrato in modo capillare, da molto tempo, nelle decisioni della giurisprudenza ordinaria, di merito e di legittimità: il dato di novità, piuttosto, è la presenza, pur discontinua, di decisioni anche della Cassazione che riconoscono la valenza di guida interpretativa al principio di offensività anche al cospetto di fattispecie declinate su un paradigma formale, come i reati costruiti sul provvedimento autorizzativo sostanzialmente declinati sul pericolo astratto, richiedendo comunque al giudice l'accertamento di una “minima potenzialità di vulnus” nella condotta per la configurabilità del reato (ad es., in materia di fattispecie autorizzative, molto frequenti nel “diritto penale complementare”, come ad esempio nel diritto penale dei beni culturali o dell'ambiente).

Per concludere sul punto, va altresì ricordato come altre pronunce abbiano sostanzialmente valorizzato una analoga rilettura “offensivizzante” sollecitando una peculiare interpretazione dei concetti utilizzati dal legislatore per descrivere il tipo legale, stabilendo – pur indirettamente – chiari nessi tra offensività ed altri principi, concernenti ad esempio la determinatezza del tipo legale ovvero, più in generale, la ragionevolezza: basti pensare alla sentenza n. 286 del 1974, che ha rigettato la censura proposta con riferimento all'art. 3 Cost. e concernente la differenza di trattamento tra le ipotesi di incendio e naufragio di cosa propria e di cosa aliena, evidenziando che “(...) per la sussistenza dei reati di naufragio e di incendio di cosa aliena è necessario che si verifichi un evento che possa qualificarsi, appunto, naufragio od incendio, cioè un evento tale che sia potenzialmente idoneo – se pur non concretamente – a creare la situazione di pericolo per la pubblica incolumità (per l'incendio sono richieste la vastità, la violenza, la capacità distruttiva, la diffusibilità del fuoco)”, e quindi concludendo che – in tale prospettiva - “il diritto vivente finisce, se non con l'identificare, certo col ravvicinare assai le fattispecie – di cui si assume la disparità – di un naufragio o di un incendio posti in essere su cosa altrui oppure su cosa propria (...)” (al riguardo, si veda altresì la **sentenza n. 71 del 1979**).

## 5. Il principio di ragionevolezza in materia penale

Pur rientrando tra i “grandi principi costituzionali di carattere generale” (Vassalli), il principio di ragionevolezza ha manifestato precipue declinazioni in materia penale, spesso articolandosi ad altri

---

<sup>18</sup> **Sentenza n. 225 del 2008, § 4**, dove la Corte aggiunge: «A tal fine, il giudice dovrà procedere ad un vaglio accurato sia dell'attitudine funzionale degli strumenti ad aprire o a sforzare serrature; sia delle modalità e delle circostanze di tempo e di luogo con cui gli stessi sono detenuti. In particolare, quanto meno univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento allo scasso – come nel caso in cui si discuta di oggetti di uso comune, suscettibili di impieghi diversi e leciti – tanto più significative dovranno risultare le modalità e le circostanze spazio-temporali della detenzione, nella direzione dell'esistenza di un attuale e concreto pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio».

principi (come quelli di determinatezza e di offensività, o della finalità rieducativa della pena), anche se il suo utilizzo è stato condizionato – oltre che da non infrequenti difetti di formulazione delle ordinanze di rimessione, specie nell’indicazione del tertium comparationis - da specifici fattori limitativi, e da particolare cautela, sia a fronte dell’elevato coefficiente di politicità caratteristico delle scelte di legislazione criminale (retro, § 4.1.), sia, parallelamente, a fronte del particolare argine stabilito - in base all’art. 25, comma 2, Cost. – dal regime di riserva di legge e dal divieto di sentenze additive in malam partem (retro, § 2.4.5.).

Oltre al tradizionale vaglio sulle incriminazioni direttamente configgenti con il “nucleo forte” dell’art. 3, comma 1, Cost. (infra, § 5.1), il controllo di ragionevolezza-eguaglianza ha consentito anche – in chiave più congeniale alle specificità della materia – di sindacare eventuali asimmetrie punitive tra norme penali, concentrate ora sull’incongruità dell’equiparazione sanzionatoria di fattispecie diverse, ora sulla disparità della scelta sanzionatoria (lato sensu intesa) rispetto a fattispecie assimilabili (infra, § 5.2).

Questo modulo di giudizio, per lungo tempo limitato ai casi di sperequazione “grave ed evidente”, o comunque tale da scadere nell’arbitrio, è stato poi gradatamente calibrato su asimmetrie meno grossolane, e successivamente declinato sull’intrinseca sproporzione tra misura edittale e disvalore del fatto, specie alla luce della funzione rieducativa della pena, finalmente assunta come direttrice di politica criminale già nella redazione della fattispecie astratta (a partire dalla **sentenza n. 313 del 1990**: infra, § 6).

In questo secondo schema, dove il giudizio di ragionevolezza prende le mosse da valutazioni necessariamente concernenti l’interesse protetto e il coefficiente di offensività del tipo (retro, § 4.1) per misurare – appunto attraverso la ratio legis - la coerenza sistematica, ha preso progressivamente corpo il principio di proporzione quale fondamentale canone di controllo sull’equilibrio tra disvalore del fatto incriminato e sanzione astrattamente comminata (infra, § 5.3): un principio la cui dignità autonoma appare confermata dall’art. 49, comma 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

Più in generale, poi, il principio di ragionevolezza ha consentito anche alla Corte di misurare la ammissibilità delle presunzioni legali anche in materia penale, sindacando il loro effettivo radicamento empirico, e di calibrare le deroghe che – non solo per tal via – si prospettano rispetto all’ordinario operare di taluni principi fondamentali (infra, § 5.4).

### **5.1. Il principio di ragionevolezza-eguaglianza e le incriminazioni direttamente contrastanti con il nucleo forte dell’art. 3, comma 1, Cost.**

In questa cornice, il giudizio di ragionevolezza sulle norme penali è stato dunque utilizzato anzitutto secondo il tradizionale paradigma della ragionevolezza-eguaglianza (art. 3 Cost.), consentendo alla Corte di censurare le incriminazioni fondate in termini discriminatori sul sesso, sulla razza, sulla lingua, sulla religione, sulle opinioni politiche, sulle condizioni personali o sociali, più immediatamente contrastanti con il “nucleo forte” del principio dell’art. 3, comma 1, Cost.: ipotesi tutto sommato rare, tra le quali va segnalata, in posizione di rilievo, la **sentenza n. 131 del 1979**, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 136 sulla conversione della pena detentiva in pena pecuniaria in caso di insolvibilità del condannato, ritenendo che tale meccanismo, alla stregua dell’ordinamento vigente «finisce infatti per attuarsi soltanto a carico dei nullatenenti, dei soggetti cioè costretti alla solitudine di una miseria che preclude anche ogni solidarietà economica e reca, perciò, l’impronta inconfondibile di una discriminazione basata sulle condizioni personali e sociali la cui illegittimità è apertamente, letteralmente proclamata dall’art. 3 Cost.» (peraltro, su quella base, la l. n. 689 del 1981, agli artt. 102 ss., disciplinò un meccanismo di conversione basato su una sostanziale equiparazione tra pena detentiva e libertà controllata, mediante un coefficiente di ragguaglio originariamente fissato in lire 25.000, ed identico a quello stabilito “per qualsiasi effetto

giuridico” dall’art. 135 c.p. – contemporaneamente modificato dall’art. 101 della medesima legge n. 689 del 1981 - ai fini del ragguglio fra pene pecuniarie e pene detentive; successivamente, il coefficiente richiamato dall’art. 135 c.p. fu una prima volta modificato dal legislatore – con l’art. 1 della l. n. 402 del 1993, appunto modificativo di tale articolo – ed elevato a lire 75.000, senza però operare alcun parallelo adeguamento dell’altro coefficiente, ed aprendo così la strada alla dichiarazione di illegittimità costituzionale - intervenuta con la sentenza n. **440 del 1994** - dell’art. 102, terzo comma, della l. n. 689 del 1981, giudicato in contrasto con l’art. 3 Cost. “nella parte in cui continuava a prevedere il ragguglio, ai fini della conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato, avesse luogo calcolando 25.000 lire, o frazione di 25.000 lire – anziché 75.000 lire, o frazione di 75.000 lire – di pena pecuniaria per un giorno di libertà controllata; ed è per analoghe ragioni che – dopo la conversione dovuta all’entrata in vigore dell’euro, e dopo il più recente intervento legislativo di cui all’art. 3, comma 62, della l. n. 94 del 2009 che ha ulteriormente elevato il coefficiente di ragguglio dell’art. 135 c.p. a 250 euro, senza tuttavia modificare, anche in questo caso, il correlativo coefficiente richiamato dall’art. 102 l. 689 cit. - la Corte è dovuta intervenire ancora, con la **sentenza n. 1 del 2012**, dichiarando nuovamente l’illegittimità costituzionale di tale ultima disposizione - censurando una sperequazione anche in questo caso non rispondente ad un preciso disegno legislativo, né sorretta da una specifica ratio, ed ancor più macroscopicamente irragionevole rispetto alla precedente - “nella parte in cui stabilisce che, agli effetti della conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato, il ragguglio ha luogo calcolando euro 38, o frazione di euro 38, anziché euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di libertà controllata<sup>19</sup>).

Pertanto, altro esempio di contrasto con il divieto di discriminazioni basate su “condizioni sociali” si era rilevato, in precedenza, con la **sentenza n. 119 del 1970**, che ha ritenuto illegittima l’aggravante del danneggiamento – art. 635, comma 2, n. 2, c.p. – se il reato è commesso da lavoratori in occasione di uno sciopero e da datori di lavoro in occasione di serrate, anche a fronte della cessata illiceità dello sciopero; viceversa, nella **sentenza n. 126 del 1968**, che ha riconosciuto l’illegittimità del reato di adulterio previsto all’art. 559 c.p., e nella **n. 147 del 1969**, che ha tratto le medesime conclusioni con riferimento al reato di concubinato, previsto all’art. 560 c.p., la Corte ha utilizzato come parametro non già l’art. 3, comma 1, Cost., bensì il principio di eguaglianza morale e giuridica fra coniugi, imposto dall’art. 29, comma 2, Cost..

Muovendo da una simile prospettiva, si è avanzata la possibilità di sindacare disparità di rilievo penale tra situazioni che – avendo ad oggetto condotte lesive di valori da considerare di pari dignità - risultavano comunque assimilabili, con effetti parimenti discriminatori [così, la **sentenza n. 440 del 1995**, che ha dichiarato la parziale illegittimità della contravvenzione di cui all’art. 724 c.p., primo comma – il reato di “Bestemmia”, successivamente depenalizzato ad opera dell’art. 57 della l. n. 507 del 1999 – elidendo il riferimento esclusivo, e come tale discriminatorio, alla sola “religione dello Stato”, «(...) in quanto differenzia la tutela penale a seconda della fede professata»; analogamente, la **sentenza n. 508 del 2000**, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, sempre per contrasto con gli artt. 3 e 8 Cost., il reato di “Vilipendio alla religione dello Stato”, previsto all’art. 402 c.p., dove la Corte ha rilevato che, in forza di principi fondamentali di eguaglianza di tutti i cittadini senza distinzione di religione e di eguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, l’atteggiamento dello Stato – nel rispetto del riconosciuto principio di laicità - non può che essere di equidistanza e imparzialità nei confronti di queste ultime; nello stesso senso, anche la **sentenza n. 329 del 1997**, che ha dichiarato illegittimo il trattamento sanzionatorio previsto per il reato di “Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose” (art. 404 c.p.), giudicandolo irragionevolmente peggiorativo rispetto alla più lieve sanzione prevista per la medesima condotta di vilipendio rivolta contro un “un culto ammesso nello Stato” (art. 406 c.p.)].

---

<sup>19</sup> La questione relativa al tasso di conversione delle pene pecuniarie in sanzioni sostitutive, viceversa, è stata affrontata con la **sentenza n. 30 del 2001**.

In questa dimensione, peraltro, il controllo sulle norme penali centrato sull'istanza di eguaglianza-ragionevolezza ha incontrato i temperamenti ed i limiti consueti a cui tale valutazione generalmente è sottoposta (ad esempio, con riferimento alle diversità di trattamento giuridico di una stessa condotta *ratione temporis*, anche in materia penale si è affermato che «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi del tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»: *ex plurimis*, **sentenza n. 94 del 2009**; **ordinanze n. 212 del 2008**, **n. 170 del 2009**; **n. 61 del 2010**, e, da ultimo, **n. 223 del 2011**), oltre a misurarsi, come si è accennato, con i limiti peculiari discendenti dal divieto di interventi additivi: così, ad esempio, la **sentenza n. 22 del 1986** – esclusa la possibilità di ampliare il dispositivo in *malam partem* - ha parimenti escluso la illegittimità di una norma incriminatrice caratterizzata dalla irragionevole esclusione di taluni soggetti tra i destinatari del precetto, e tuttavia dotata di intrinseca ragionevolezza (ritenendo che una siffatta omissione potesse portare ad una declaratoria di incostituzionalità solo quando la discriminazione fra soggetti assurga a lesione qualificata, e, perciò diretta, dell'art. 3, comma 1, Cost., in quanto distinzione dovuta a ragioni di “sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali o sociali”).

Si è già accennato, peraltro, ai limiti che il vaglio di ragionevolezza sulle norme penali “discriminatorie” incontra qualora il riequilibrio possa avere – per il tramite di una sentenza additiva - effetti in *malam partem* (retro, § 2.4.5.), e che la sola eccezione, da questa angolatura, concerne il possibile sindacato sulle cc.dd. “norme penali di favore”, secondo l'indirizzo avanzato dalla **sentenza n. 148 del 1983** e ribadito, di recente, nella **sentenza n. 394 del 2006** (retro, § 2.4.5.1.).

## **5.2. Il principio di ragionevolezza-eguaglianza con riferimento al trattamento sanzionatorio**

Dallo schema ternario tipico della ragionevolezza-eguaglianza, incardinato sull'art. 3, comma 1, Cost., si è altresì fatta discendere l'irragionevolezza del differente trattamento sanzionatorio per fattispecie analoghe (casi di ingiustificata discriminazione sanzionatoria), ovvero l'irragionevolezza del medesimo trattamento sanzionatorio per fattispecie non assimilabili (casi di ingiustificata parificazione sanzionatoria, che può avere ad oggetto fattispecie enucleabili, eventualmente, anche all'interno della medesima disposizione, alla luce della genericità del dettato normativo: significativo che la prima decisione di accoglimento, al riguardo, abbia interessato proprio un caso siffatto: **sentenza n. 218 del 1974**).

L'irragionevolezza può derivare anche da una incongrua equiparazione e/o da una disparità di trattamento non sotto il profilo sanzionatorio *stricto sensu* inteso ma sotto il profilo del trattamento giuridico complessivamente considerato, e conseguente alla diversa sanzione comminata (ad esempio, relativamente a talune cause estintive), ovvero da essa indipendente (ad esempio, relativamente al regime di procedibilità).

Su tali premesse, ad esempio, la Corte ha ritenuto irragionevole la preclusione, per taluni reati, delle sanzioni sostitutive, viceversa applicabili a reati concernenti condotte lesive del medesimo interesse e più gravemente sanzionate (**sentenza n. 254 del 1994**, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 60, comma 2, della l. n. 689 del 1981, nella parte in cui escludeva che le pene sostitutive potessero applicarsi ai reati previsti dagli artt. 21 e 22 della l. n. 319 del 1976, c.d. legge Merli in tema di inquinamento idrico; analogamente, **sentenza n. 78 del 1997**; in questa prospettiva, un analogo profilo di illegittimità è stato recentemente sollevato con riferimento all'art. 186-bis, comma 6, del d. lgs. n. 285 del 1993, Nuovo codice della strada, ma rigettato per erroneità del presupposto interpretativo con sentenza n. 167 del 2012). E ciò anche se in taluni peculiari ambiti non è inusuale, da parte della Corte, un richiamo persino più accentuato alla discrezionalità

legislativa, come ad esempio si registra al cospetto delle cause estintive del reato, ove si è a più riprese sottolineato come le stesse costituiscano uno *ius singulare* “giacché le norme che le prevedono implicano una eccezione alle regole generali circa le conseguenze della commissione di fatti penalmente illeciti”: in questi termini si veda, ad esempio, l'**ordinanza n. 289 del 2011**, che – anche a prescindere da questa più generale osservazione – ha peraltro escluso l'equiparabilità alla “morte” della situazione in cui l'imputato versi in uno stato mentale che ne impedisca in modo permanente ed irreversibile la cosciente partecipazione al procedimento, in considerazione della diversità di ratio che viene in rilievo nei due frangenti (ravvisata, in particolare, nel fatto che l'estinzione del reato costituisce un riflesso del principio di personalità della responsabilità penale, mentre la preclusione allo svolgimento del processo nei confronti del soggetto incapace di parteciparvi è posta a tutela del diritto di difesa, inteso nella particolare accezione della difesa personale e autodifesa dell'imputato), così dichiarando la (manifesta) infondatezza della questione avente ad oggetto l'art. 150 c.p. in relazione – appunto – alla “anomalia” dei cc.dd. “eterni giudicabili” (sulla quale si veda, più di recente, anche la **sentenza n. 23 del 2013** – pur in relazione a censure diversamente prospettate in relazione al regime di sospensione della prescrizione disposto dall'art. 159, primo comma, c.p. – che comunque ritiene il problema non risolvibile dalla Corte, “giacché non è ravvisabile nella fattispecie una conclusione costituzionalmente obbligata dell'anomalia descritta (...)”, e posto che ad ognuna delle diverse soluzioni prospettabili “corrispondono valutazioni discrezionali, inerenti al rapporto tra mezzi e fine, che non competono a questa Corte, ma al legislatore”; pur affermandosi in chiusura – con un chiaro monito indirizzato a quest'ultimo – come “non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia”).

In ogni caso, con riferimento all'equilibrio sanzionatorio tra fattispecie distinte, lo schema incentrato sull'art. 3, comma 1, Cost. – originariamente ritenuto inaccessibile (in linea con l'affermazione più generale per cui ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate, implicherebbe valutazioni di natura politica, o, quanto meno, un sindacato per l'uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte non spetta esercitare): **sentenza n. 28 del 1957** – è stato per una lunga fase prospettato solo a fronte dei casi di sperequazioni macroscopiche (di “manifesto arbitrio” o “patente irragionevolezza”), non di rado conducendo a concludere per l'infondatezza della questione ove la dissimmetria non fosse ritenuta tale [così, emblematicamente, la **sentenza n. 22 del 1971**, rigettando la “classica” questione centrata sulla irragionevolezza del dislivello delle cornici edittali tra il reato di furto, specie se aggravato, e quello di lesioni personali; analogamente, la **sentenza n. 109 del 1968**, che rigettando la questione della pretesa disparità di trattamento tra delitto di ingiuria (art. 594 c.p.) e delitto di oltraggio (art. 341 c.p.) – questione successivamente riproposta ed accolta con la **decisione n. 341 del 1994** – precisava che «la valutazione della congruenza tra reato e pena appartiene alla politica legislativa, e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, all'infuori dell'eventualità, non verificatasi nella specie, che la sperequazione assuma dimensioni tali da non risultare sorretta da ogni, benché minima giustificazione»; così pure la **sentenza n. 167 del 1982**, con la quale è stata dichiarata infondata la questione in tema di porto abusivo d'armi affermando che «La disparità di trattamento è innegabile, ma essa non appare così palesemente irrazionale da attingere l'arbitrarietà (...)»].

Nel corso del tempo, lo schema ternario della ragionevolezza-eguaglianza si è progressivamente ampliato (fino a rendere censurabili violazioni solo “evidenti” del principio in esame: **sentenza n. 22 del 2007**), ha visto affinare i propri criteri, e il sindacato della Corte si è arricchito di note valutative sempre più dettagliate con riferimento al profilo degli interessi tutelati, necessarie a stabilire la relazione di identità tra le fattispecie oggetto di disparità trattamentale (ovvero, simmetricamente, a far emergere la diversità di disvalore di fattispecie trattate in modo eguale), posto che la violazione del canone di ragionevolezza può essere apprezzata solo «in quanto ci si

trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio»: **sentenze n. 364 del 2004; n. 325 del 2005; n. 22 del 2007; n. 282 del 2010**).

a) Da questa angolatura, in alcuni casi la disomogeneità dei beni giuridici o dei gradi di offensività delle condotte è stata giudicata incompatibile con la equiparazione sanzionatoria: così nella **sentenza n. 26 del 1979** – la prima decisione di accoglimento, sulla base del parametro di ragionevolezza, concernente una ipotesi delittuosa -, dove la Corte, chiamata a giudicare più ipotesi di parificazione sanzionatoria tra condotte eterogenee previste dall'art. 186 c.p.m.p. (in particolare, l'equiparazione tra omicidio volontario consumato ed omicidio tentato ai danni del superiore, da un lato, e l'equiparazione tra omicidio volontario e omicidio preterintenzionale, dall'altro, ai sensi del primo comma dell'art. 186 c.p.m.p.; e, inoltre, l'equiparazione tra delitto di omicidio volontario del superiore e delitto di lesioni personali gravissime o gravi sempre in danno del superiore ufficiale, ai sensi del secondo comma dell'art. 186 c.p.m.p.), ne ha decretato l'illegittimità costituzionale denunciando un vero e proprio «stravolgimento dei valori messi in gioco», realizzato «anteponendo la disciplina militare in tempo di pace, intesa nel senso riduttivo di obbedienza e di rispetto dell'inferiore verso il superiore, a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale, premessa naturale di qualsiasi altra situazione soggettiva giuridicamente protetta, che è il diritto alla vita».

b) In prospettiva simmetrica, altre volte la assimilabilità dei “tipi di illecito” - ovvero l'identità del “bene giuridico” e delle tipologie di offesa - ha condotto a ritenere ingiustificato il diverso trattamento sanzionatorio: così nella **sentenza n. 409 del 1989**, con la quale la Corte – diffondendosi anche in importanti precisazioni sui limiti della tutela penale (retro, § 4) - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di “rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza” (art. 8, comma 2, della l. n. 772 del 1972), ritenendo la pena ivi prevista (reclusione da due a quattro anni) irragionevolmente diversa rispetto alla pena prevista (reclusione da sei mesi a due anni) per il delitto di mancanza alla chiamata (art. 151 c.p.m.p.), sulla base della riconosciuta identità dell'oggetto di tutela tra le due fattispecie (ossia l'interesse statale all'adempimento dei doveri di solidarietà sottesi allo svolgimento del servizio militare), e così fissando la sanzione nei limiti editali previsti per quest'ultimo reato.

In senso analogo, la **sentenza n. 287 del 2001**, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il reato di diffusione di pubblicazioni di propaganda elettorale prive del nome del committente responsabile (art. 29, comma 5, della l. n. 81 del 1993) perché caratterizzato da un trattamento sanzionatorio arbitrariamente più severo rispetto alla fattispecie invocata come tertium comparationis (trattamento ingiustificato anche alla luce del quadro di depenalizzazione degli illeciti in materia di propaganda elettorale disposta per i vari tipi di competizioni dalla l. n. 515 del 1993).

c) Altre volte ancora, infine, la Corte ha avuto modo di censurare la sperequazione sanzionatoria tra fattispecie connotate da disvalore sostanzialmente assimilabile, ovvero da un coefficiente di offensività che – misurato alla luce del rango degli interessi rispettivamente tutelati - risultava persino inversamente proporzionale rispetto al trattamento sanzionatorio stabilito dal legislatore: così, nella **sentenza n. 68 del 2012**, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p., nella parte in cui non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità, ritenendo manifestamente irrazionale, in rapporto al sequestro a scopo di estorsione, la mancata previsione di una circostanza attenuante analoga a quella applicabile alla fattispecie “gemella” del sequestro terroristico o eversivo (art. 270-bis c.p., a cui è appunto applicabile l'attenuante di cui all'art. 311 c.p.).

Solo per inciso, tale decisione evidenzia l'importanza che assume -nell'articolazione delle censure che lamentano la violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza - l'individuazione della fattispecie comparativa e il suo grado di assimilabilità (o di identità) con la fattispecie al centro della doglianza (individuazione che peraltro grava tutto sulla capacità di ricognizione del giudice a quo, non potendo la Corte correggere autonomamente l'opzione per un tertium inconferente, così come essa non può intervenire, in linea di principio, sulla fissazione del thema decidendum o sulla precisazione del petitum).

Proprio l'inadeguatezza del tertium comparationis prescelto dal remittente, del resto, aveva condizionato in senso negativo una questione precedentemente proposta in termini analoghi: la Corte aveva giudicato manifestamente infondata la questione sollevata invocando l'estensione dell'attenuante delineata dall'art. 3, terzo comma, della l. n. 718 del 1985 (ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979), in rapporto alla fattispecie – prevista al medesimo art. 3 – del c.d. sequestro di ostaggi, ritenendo appunto che tale fattispecie fosse idonea a fungere da tertium comparationis, essendo – al di là di talune affinità strutturali – “più ampia e generica del sequestro estorsivo in relazione all'obiettivo della condotta, normativamente identificato nel fine di costringere un terzo a compiere o ad omettere un qualsiasi atto”, e prestandosi la stessa, pertanto, “a ricomprendere anche fatti assai meno negativamente connotati di quelli sorretti da una finalità estorsiva” (**ordinanza n. 240 del 2011**; analogamente, quanto a idoneità del tertium comparationis indicato, **ordinanza n. 163 del 2007**).

Nella **sentenza n. 68 del 2012**, la Corte evidenzia chiaramente i criteri su cui deve far leva la scelta del remittente nel formulare la questione: il delitto di cui all'art. 289-bis c.p. è ritenuto “pienamente idoneo a fungere da tertium comparationis” perché figura “affine e sostanzialmente omogenea rispetto a quella del sequestro estorsivo”, sotto il profilo, in particolare, della comune matrice storica (la legislazione dell'emergenza), delle modalità della condotta (la privazione protratta della libertà personale), della identica cornice edittale (la reclusione da venticinque a trenta anni), del sistema delle aggravanti collegate alla morte del sequestrato e simmetricamente della costellazione di misure premiali correlate alla “dissociazione” dell'agente dagli altri concorrenti nel reato (pur con “marginali differenze”); e il parallelismo è confermato sotto ulteriori profili di disciplina sostanziale e processuale (il concorso eterogeneo di circostanze, disciplinato in modo identico; le norme del codice penale e processuale applicabili all'art. 630 c.p. come all'art. 289-bis c.p., per espressa equiparazione legislativa).

Se tutti questi aspetti, dunque, indicano già una spiccata omologia, l'unico profilo distintivo concerne – secondo la Corte - la diversità del bene giuridico protetto, riflesso della diversa proiezione finalistica delle condotte: l'una, finalizzata al terrorismo e all'eversione, attinge l'ordine costituzionale, l'altra, orientata all'estorsione, attenta invece al patrimonio. Tuttavia, la diversa prospettiva di tutela, invece che neutralizzarlo, esalta l'irragionevolezza del diverso trattamento sanzionatorio, specie nello specchio della gerarchizzazione costituzionale degli interessi protetti: se infatti le modalità di offesa sono analoghe, e l'ordine costituzionale ha un rango prioritario rispetto al patrimonio, la risposta sanzionatoria non può risultare inversamente proporzionale, perché ne risulta alterata - in termini arbitrari o manifestamente irragionevoli - la coerenza ordinamentale.

E' questo, peraltro, un tassello decisivo della ratio decidendi, che dimostra come il controllo di ragionevolezza faccia leva (anche) su criteri sostanziali, sino ad attingere agli stessi beni/interessi/valori assunti come oggetto di tutela nelle norme poste in raffronto, ed alla stessa collocazione gerarchica di tali “beni giuridici” nella gerarchia della Costituzione: collocazione che resta riferimento orientativo essenziale per misurare le sproporzioni sanzionatorie, e passaggio fondamentale, in definitiva, per misurare la coerenza ordinamentale in ambito penale [un'analogia indagine sostanziale si riscontra, del resto, nella già citata **sentenza n. 394 del 2006**, nella quale la Corte aveva preso le mosse proprio dalla ricognizione degli interessi protetti, e dalla loro precisa

fisionomizzazione costituzionale, per far discendere l'irragionevolezza del trattamento differenziato (in mitius) per i falsi elettorali rispetto alle "comuni" fattispecie codicistiche di falso].

d) Peraltro, maggiori limiti – secondo la Corte – si incontrano con riferimento all'eventuale equiparazione sotto una medesima cornice edittale tra fattispecie di diverso disvalore (come appunto nel caso delle norme a più fattispecie), ove si afferma che «al legislatore è consentito includere in uno stesso paradigma punitivo una pluralità di fattispecie diverse per struttura e disvalore, spettando in tali casi al giudice far emergere la differenza tra le varie condotte tramite la graduazione della pena tra il minimo e il massimo edittale» (da ultimo, **ordinanza n. 224 del 2011**).

e) In una prospettiva non dissimile, profili di tendenziale contrarietà al dettato costituzionale – ed anzitutto di frizione con il principio di eguaglianza, oltre che con il principio di proporzionalità (infra, § 5.3) – sono stati rilevati anche nei confronti delle c.d. pene fisse, ossia in relazione alla predeterminazione legale della durata della sanzione in misura rigida.

Al riguardo, la Corte ha già da tempo affermato come "In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono (...) in armonia con il <volto costituzionale> del sistema penale ed il dubbio di legittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente <proporzionata> rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato" (**sentenza n. 50 del 1980**).

Tale affermazione è stata peraltro esito di un ricco sviluppo argomentativo, nel quale si è anzitutto precisato – "in via di principio" - che "l'individualizzazione della pena, in modo da tener conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale", e che lo stesso principio di legalità delle pene, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., "dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi sostanziali come quelli indicati dall'art. 27, primo e terzo comma, Cost., ed in cui l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità"; giungendo così a mettere in luce il "ruolo centrale" assegnato alla discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge (art. 132 e 133 c.p.), evidenziando come "l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti contribuisce a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per la determinazione della pena quanto più possibile <finalizzata>, nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost.", e segnalando – in definitiva - "l'esigenza di un'articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, <proporzionale>, delle pene inflitte con la sentenza di condanna" (ancora la **sentenza n. 50 del 1980**).

Anche su questo fronte, tuttavia, è in linea di principio riaffermato il limite della ragionevolezza come consueto argine al sindacato della Corte, per evitare di sovrapporre "altre valutazioni di merito a quella operata dal legislatore nell'ambito della sua competenza esclusiva" (così la stessa **sentenza n. 50 del 1980**, che del resto ha dichiarato non fondate le questioni prospettate, ritenendo nel caso di specie - avente ad oggetto la pena edittale fissa stabilita nell'art. 121 t.u. delle norme concernenti la circolazione stradale, approvato con d.p.r. n. 393 del 1959 - rispettati "i limiti apposti (...) dalla Costituzione alla potestà punitiva", e "ragionevolmente rapportabile al tipo di illecito").

In questa prospettiva, più in particolare, si è successivamente affermato che "la scelta legislativa di prevedere per talune forme di recidiva un aumento di pena fisso e per altre (la sola recidiva aggravata) un aumento variabile, non comporta – di per sé – una violazione del principio di eguaglianza e di ragionevolezza, fino a quando non consti che la soluzione normativa adottata è atta a produrre sperequazioni prive di qualsivoglia ratio giustificativa, nel trattamento sanzionatorio di situazioni omogenee" (**ordinanza n. 91 del 2008**, che ha ritenuto manifestamente infondata la

questione in relazione all'aumento di pena stabilito nella misura fissa "della metà" per la recidiva reiterata aggravata, ex art. 99, quarto comma, c.p.).

Inoltre, si è ulteriormente circoscritto il margine di intervento affermando che "la tendenziale contrarietà delle pene fisse al "volto costituzionale" dell'illecito penale (...) debba intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso", e "non ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete" (così, ancora, **ordinanza n. 91 del 2008**): così è stata esclusa l'irragionevolezza tanto nell'ipotesi di comminatoria, per un determinato illecito, di una pena pecuniaria fissa, congiunta ad una pena detentiva dotata di forbice edittale [**ordinanza n. 475 del 2002**, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sollevata con riferimento all'art. 291-bis del d.p.r. n. 43 del 1973 (Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale), reato sanzionato con la multa stabilita in misura fissa congiunta alla reclusione da uno a cinque anni; con riferimento a fattispecie del tutto analoga, cfr. altresì **sentenza n. 188 del 1982**], quanto nell'ipotesi in cui l'applicazione dell'aggravamento di pena – pur stabilito in misura fissa - sia facoltativo nell'an (**ordinanza n. 91 del 2008**, in relazione alla facoltatività della recidiva reiterata, da apprezzarsi alla stregua dei criteri di corrente adozione concernenti, in particolare, la concreta significatività del nuovo delitto) e pur sempre correlato – essendo indicato in misura frazionaria - al dato variabile della pena base (che il giudice può discrezionalmente determinare, tra il minimo ed il massimo edittale, alla luce dei criteri dell'art. 133 c.p.), essendo in tali casi comunque garantita al giudice la possibilità di adeguare la risposta punitiva alle specificità del singolo caso.

In questo ambito, e segnatamente in relazione alla recente questione concernente le pene accessorie previste per le ipotesi di bancarotta fraudolenta, ex art. 216, ultimo comma, l. fall., e consistenti nell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e nell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di dieci anni, merita di essere segnalata anche l'**ordinanza n. 134 del 2012**, che tuttavia ha ritenuto le questioni inammissibili in considerazione del petitum formulato dai remittenti [si chiedeva infatti alla Corte di aggiungere le parole "fino a" alla disposizione impugnata, di modo da rendere possibile l'applicazione dell'art. 37 cod. pen. ("Quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta, o che dovrebbe scontarsi, nel caso di conversione, per insolvibilità del condannato"), ma la Corte ha ritenuto la soluzione prospettata – essendo solo una di quelle ipotizzabili – non rispondente ad una "soluzione costituzionalmente obbligata", eccedendo i propri poteri di intervento ed implicando scelte affidate alla discrezionalità del legislatore; su quella traccia, rispetto ad una questione riproposta in termini analoghi e dunque dichiarata manifestamente inammissibile, si veda anche l'**ordinanza n. 208 del 2012**].

Analoghe restrizioni concernenti il petitum hanno, peraltro, determinato l'inammissibilità della questione sollevata – sempre per violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità - con riferimento all'art. 187-sexies, commi 1 e 2, del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), nella parte in cui dispone la confisca obbligatoria (non solo del profitto bensì pure) degli strumenti finanziari "movimentati" attraverso le operazioni compiute in violazione dell'art. 187-bis del medesimo decreto legislativo (abuso di informazioni privilegiate), o del loro equivalente economico, senza consentire all'autorità amministrativa prima e al giudice investito dell'opposizione poi di graduare anche tale misura in rapporto alla gravità dell'illecito.

Nel caso di specie, in effetti il rimettente chiedeva di introdurre non già un regime facoltativo di confisca in luogo del regime obbligatorio disposto dalla disposizione oggetto di censura, bensì "un innovativo "terzo regime", a carattere intermedio (la "graduabilità"), a fronte del quale la discrezionalità amministrativa si esplicherebbe in relazione al quantum (...)" e proprio un tale intervento è apparso alla Corte inammissibile, assumendo "il carattere di una "novità di sistema"

tale da collocare il petitum “al di fuori dell’area del sindacato di legittimità costituzionale, per rimmetterlo alle eventuali e future soluzioni di riforma, affidate in via esclusiva al legislatore” (**sentenza n. 252 del 2012**; analoga questione era stata, peraltro, precedentemente prospettata e rigettata dalla Corte per difetto di chiarezza e univocità del petitum: **sentenza n. 186 del 2011**).

Tuttavia, i dubbi di legittimità concernenti le c.d. pene fisse hanno registrato, recentemente, anche importanti pronunce di accoglimento: in alcuni casi, infatti, le peculiarità della disposizione oggetto di censura e forse anche il peso degli interessi sacrificati dall’automatismo sanzionatorio hanno condotto la Corte a giudicare fondate le doglianze, facendo leva sul parametro della ragionevolezza (art. 3 Cost.) - ora isolatamente considerato, ora affiancato da ulteriori censure pure prospettate dal rimettente - e finendo col sostituire l’automatismo legale con una valutazione giudiziale aperta al concreto bilanciamento dei “valori” in gioco nel singolo caso.

Così, anzitutto, la **sentenza n. 31 del 2012** ha dichiarato la parziale illegittimità dell’art. 569 c.p., per contrasto con l’art. 3 Cost., nella parte in cui stabilisce che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato, previsto dall’art. 567, secondo comma, c.p., consegua di diritto - quale “pena accessoria” - la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell’interesse del minore, interesse la cui preminenza è viceversa confermata sia dall’evoluzione normativa interna, sia dalla convergenza di diverse fonti sovranazionali.

Dopo una attenta ricognizione del panorama normativo “multilivello”, in tale decisione la Corte - distaccandosi da una precedente, contraria pronuncia (**ordinanza n. 723 del 1998**) - ha in particolare affermato che “(...) proprio perché la pronuncia di decadenza va ad incidere sull’interesse del minore sopra indicato, non è conforme al principio di ragionevolezza, e contrasta quindi con il dettato dell’art. 3 Cost., il disposto della norma censurata che, ignorando il detto interesse, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l’interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell’episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell’interesse”; rilevando altresì che “La violazione del principio di ragionevolezza, che consegue all’automatismo previsto dalla norma censurata, deve essere affermata anche alla luce dei caratteri propri del delitto di cui all’art. 567, secondo comma, cod. pen”, posto che “(...) quest’ultimo, diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l’inidoneità del genitore all’esercizio della potestà genitoriale”; per concludere che “E’ ragionevole, pertanto, affermare che il giudice possa valutare, nel caso concreto, la sussistenza di detta idoneità in funzione della tutela dell’interesse del minore” (**sentenza n. 31 del 2012**).

Su questa traccia, successivamente, la **sentenza n. 7 del 2013** ha accolto una medesima soluzione, dichiarando l’illegittimità parziale dell’art. 569 c.p. anche con riferimento all’art. 566 c.p., e peraltro riconoscendo espressamente - in questo caso - il contrasto non solo con l’art. 3 Cost., ma pure con l’art. 117, primo comma, Cost.: in quest’ultima prospettiva, la Corte ha ravvisato, in particolare, la violazione di diversi obblighi sovranazionali convergenti nel riconoscere - nelle decisioni relative ai fanciulli di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi - la preminenza dell’“interesse superiore del fanciullo” (indicazioni discendenti, in particolare, dall’art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176; dall’art. 6 della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77; oltre che - dato di indubbio rilievo - dalle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa su una “giustizia a misura di minore”, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098<sup>a</sup> riunione dei delegati dei ministri, posto che, fra gli altri importanti principi, il documento espressamente afferma che “Gli Stati membri dovrebbero

garantire l'effettiva attuazione del diritto dei minori a che il loro interesse superiore sia al primo posto, davanti ad ogni altra considerazione, in tutte le questioni che li vedono coinvolti o che li riguardano”).

In quest'ultima pronuncia, peraltro, la Corte si è diffusa in considerazioni più generali e sistematiche, che sembrano schiudere ulteriori possibili sviluppi, segnalando come “La nota problematica che affligge i perduranti caratteri di automatismo – e, per il caso qui in esame, anche la fissità che connota l'applicazione della pena accessoria, in perenne tensione rispetto alle esigenze di personalizzazione del trattamento sanzionatorio e della sua necessaria finalizzazione rieducativa – assume, con riferimento al quadro normativo qui coinvolto, una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto, come necessario termine di raffronto (e, dunque, quale limite costituzionale di operatività della sanzione), la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore: esigenze che finirebbero per essere inaccettabilmente compromesse, ove si facesse luogo ad una non necessaria interruzione del rapporto tra il minore ed i propri genitori in virtù di quell'automatismo e di quella fissità: connotati, questi, in varie circostanze stigmatizzati da questa Corte, la quale, anche di recente, non ha mancato di segnalare “l'opportunità che il legislatore ponga mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie” (sentenza n. 134 del 2012, richiamata nella parte della **sentenza n. 7 del 2013** appena citato).

### 5.3. Il principio di proporzione tra disvalore del reato e pena

Su questa linea evolutiva, focalizzando l'attenzione sul nucleo di disvalore del reato (ossia su tipologia di offesa e spessore dell'interesse tutelato), e, per questo tramite, sulla “coerenza sistematica” delle cornici edittali, la Corte ha progressivamente riconosciuto, anche in materia penale, il principio di proporzione tra illecito e sanzione, quale ulteriore implicazione della ragionevolezza – o meglio, della “ragionevolezza intrinseca” – capace di spostare il sindacato sull'equilibrio interno alla fattispecie.

Anche in questo caso, si è in generale osservato a più riprese che «il principio di uguaglianza (...) esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali», e si è precisato che «le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato (...) soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza» (**sentenza n. 409 del 1989**, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sanzione comminata dall'art. 8, comma 2, della l. n. 772 del 1972, concernente il delitto di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza, ritenendo la stessa irragionevolmente più grave di un altro reato – quello di “mancanza alla chiamata” di cui all'art. 151 c.p.m.p. – omologo per contenuto di disvalore oggettivo e soggettivo, e per di più non qualificato da specifica, apprezzabile motivazione).

Restando alle decisioni di accoglimento, ulteriori puntualizzazioni sul principio di proporzione sono state condotte nella **sentenza n. 391 del 1994**, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del minimo edittale previsto per la fattispecie di oltraggio (art. 341 c.p.): la decisione, infatti, pur confermato «il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale» e ribadito che «non spetta (...) alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie», richiama nondimeno il proprio compito di «verificare che l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza», e «di valutare la rispondenza della previsione contestata (...) segnatamente al principio di proporzionalità» (decisivo, nel caso di specie, per rilevare la irragionevole sproporzione del minimo edittale e i casi più lievi di oltraggio, anche in base al raffronto con il reato di ingiuria, previsto all'art. 594 c.p.).

La progressiva autonomia così riconosciuta al principio di proporzionalità – come peculiare proiezione della ragionevolezza, coltivata in materia penale soprattutto alla luce della finalità rieducativa della pena («la quale esige che il trattamento sanzionatorio sia proporzionato all'effettivo disvalore del fatto»), ma riferibile anche alle sanzioni amministrative (si vedano le **sentenze n. 186 del 2011 e n. 252 del 2012**) – trova del resto importanti conferme sia nella giurisprudenza della Corte EDU (e della stessa Corte di giustizia), sia, soprattutto, nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ove si stabilisce che “L'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato”.

Solo per inciso, anche nel giudizio di “ragionevolezza intrinseca” focalizzato sul principio di proporzionalità e sull'equilibrio interno alla fattispecie (come del resto già a fronte del giudizio di ragionevolezza-eguaglianza, che ha come presupposto un confronto tra “fattispecie identiche”, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio”: ex plurimis, **sentenze n. 364 del 2004; n. 325 del 2005; n. 22 del 2007; n. 68 del 2012**), conserva comunque importanza decisiva la (corretta) individuazione del tertium comparationis, da un lato, per la sua capacità “indiziante” circa la sperequazione sanzionatoria, dall'altro, e soprattutto, per individuare con esattezza l'eventuale disciplina da estendere – ove possibile - per ridurre lo squilibrio sanzionatorio (ad esempio, estensione di una circostanza attenuante prevista per l'ipotesi analoga o più grave: **sentenza n. 68 del 2012**; estensione della pena edittale prevista per la disposizione utilizzata in chiave comparativa, come nella soluzione affermata con la **sentenza n. 409 del 1989**; solo nel caso della **sentenza n. 341 del 1994** si è provveduto a dichiarare l'illegittimità del solo minimo edittale dell'art. 341 c.p., senza indicare altra sanzione, e facendo “rivivere”, anche per l'oltraggio, il limite minimo previsto nel codice penale).

La Corte, in questa prospettiva, ha infatti chiarito di non poter procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali – anche a fronte di sperequazioni sanzionatorie evidenti - «in assenza di precisi punti di riferimento che possano condurre a situazioni costituzionalmente obbligate», posto che «né una pronuncia caducatoria, né una pronuncia additiva potrebbero introdurre nuove sanzioni penali o trasporre pene edittali da una fattispecie ad un'altra, senza l'esercizio, da parte del giudice delle leggi, di un inammissibile potere discrezionale di scelta» (**sentenza n. 22 del 2007**, con la quale sono state dichiarate inammissibili diverse questioni concernenti la pretesa irragionevolezza, specie sotto il profilo del principio di proporzionalità, delle fattispecie penali rispettivamente previste nel comma 5-ter, e comma 5-quinquies dell'art. 14 del d. lgs. n. 286 del 1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero).

Del resto, si è ancora rilevato, «ciò che può costituire materia di utile riflessione per il legislatore non può rendere ammissibile una pronuncia di questa Corte, cui non è consentito trasporre sanzioni penali da una fattispecie ad un'altra in esito ad una altrettanto inammissibile scelta tra quelle che potrebbero presentare una qualche affinità».

In altri termini, «se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva invece (...) una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore» (**sentenza n. 22 del 2007**; è dunque “manifestamente infondata” – come già accennato: retro, § 5.2 - una questione pur centrata su una evidente sproporzione ma costruita su un tertium comparationis non “pertinente”, ad esempio perché identificato in una fattispecie “più ampia e generica” di quella oggetto di censura, suscettibile di ricomprendere anche fatti di minor disvalore: si veda al riguardo, in relazione alla pena edittale minima del sequestro di persona a scopo di estorsione, di cui all'art. 630 c.p., la già citata **ordinanza n. 240 del 2011**).

In definitiva, in tali ipotesi la Corte – non potendo modificare i termini della questione come stabiliti nell'ordinanza di rimessione - non può che limitarsi, al più, a «rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore, volta ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie prima evidenziate» (così ancora la **sentenza n. 22 del 2007**).

Conferma quanto si è detto, di recente, la sentenza **n. 47 del 2010**, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità, in riferimento ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, dell'art. 372 c.p., nella parte in cui prevede il minimo edittale di due anni di reclusione per il delitto di falsa testimonianza. Le argomentazioni della Corte guardano sia al profilo della "ragionevolezza intrinseca" della fattispecie incriminatrice (e del relativo trattamento sanzionatorio), che esibirebbe «un disvalore intrinseco che gli attribuisce carattere di gravità, anche se la circostanza oggetto di mendacio o di reticenza non desta particolare allarme sociale" sia al versante della ragionevolezza-eguaglianza alla luce di *tertium comparationis* individuati dal remittente in fattispecie (come la frode processuale, il favoreggiamento personale, anche aggravato, la simulazione di reato, la calunnia) che, tuttavia, secondo la Corte, "ancorché catalogate tra i delitti contro l'attività giudiziaria, non hanno la stessa oggettività giuridica».

Peraltro, anche le cc.dd. pene fisse possono esporsi a censure sotto il profilo del principio di proporzione (oltre che sotto il profilo del principio di ragionevolezza-eguaglianza); ma anche in questo caso la Corte ha fissato precisi limiti, specie concernenti la stessa ammissibilità del *petitum* [sul punto, retro, § 5.2., lett. e), sia con riferimento all'**ordinanza n. 134 del 2012** concernente una sanzione accessoria interdittiva stabilita in misura fissa, sia con riferimento alla **sentenza n. 252 del 2012**, relativa ad una ipotesi di confisca amministrativa obbligatoria degli strumenti del reato, ove il *petitum* mirava tuttavia ad introdurre una vera e propria "novità di sistema"]].

#### **5.4. Principio di ragionevolezza e presunzioni in materia penale (in particolare, le presunzioni di pericolosità ed altre previsioni legislative rigide)**

Più in generale, infine, il principio di ragionevolezza rappresenta anche il criterio di controllo dei bilanciamenti o delle compressioni che – ove le stesse siano ritenute ammissibili (retro, § 1) – taluni principi costituzionali, anche in materia penale, possono fronteggiare: a tale criterio infatti – come accennato – la Corte si richiama per valutare le deroghe ammissibili rispetto al principio di retroattività della *lex mitior* (**sentenze n. 393 del 2006; n. 72 del 2008; n. 236 del 2011**: retro, § 2.2.1.), o al diritto di difesa (si veda ad esempio la **sentenza n. 143 del 2013**), o per ammettere la legittimità delle presunzioni di pericolo rispetto al principio di offensività (ove appunto "non manifestamente irragionevoli e arbitrarie": **sentenze n. 333 del 1991; n. 133 del 1992; n. 360 del 1995**: retro, § 4.2; mentre le presunzioni di pericolosità esclusivamente basate su "condizioni o qualità personali", poste a base di una fattispecie incriminatrice, e tali da tipizzare "una sorta di reato d'autore", vengono ormai censurate richiamando come parametro il principio di offensività: retro, §§ 4.3., 4.4.); e tale criterio è utilizzato pure per vagliare le possibili compressioni del principio rieducativo rispetto ad altre finalità della pena, e/o per valutare la preferenza da accordare, volta a volta, all'una o all'altra finalità, «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (**sentenze n. 306 del 1993; n. 257 del 2006**: infra, § 6).

In prospettiva più generale, allo stesso principio si richiama la Corte per valutare le presunzioni assolute stabilite dal legislatore che incidano sull'operare (anche) di una garanzia costituzionale in materia penale, presunzioni che – non diversamente dagli altri casi in cui limitano un diritto fondamentale della persona – «violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*», ossia «tutte le volte in cui sia agevole formulare accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (da ultimo, rispetto al duplice automatismo, basato su presunzioni, stabilito nel secondo comma dell'art. 62-bis c.p., si veda la **sentenza n. 183 del 2011**, che ha appunto dichiarato illegittima la norma anche perché irragionevolmente limitativa del principio della finalità rieducativa della pena: infra, § 6.4.).

In quest'ultima prospettiva – che ha trovato un analogo riscontro già in relazione alla problematizzazione dei reati di pericolo in relazione al principio di offensività (retro, § 4.2) - si

collocano, del resto, anche le diverse pronunce di accoglimento in relazione alle presunzioni di pericolosità in materia di misure di sicurezza.

Anzitutto, la **sentenza n. 1 del 1971**, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 224, comma 2, c.p., «nella parte in cui rende obbligatorio ed automatico per i minori degli anni quattordici, il ricovero, per almeno tre anni, in riformatorio giudiziario», dove la Corte censurò, in particolare, l'equiparazione presuntiva del giudizio di pericolosità che non dava rilievo alla circostanza (diversificatrice) che ad essere autore del fatto fosse un minore che si approssima alla soglia del quattordicesimo anno di età, ovvero un bambino in tenera età.

Successive pronunce sono intervenute sulla questione della persistenza della pericolosità presunta per determinate categorie (infermi e seminfermi di mente). In particolare, con le **sentenze n. 139 del 1982 e n. 249 del 1983**, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, rispettivamente, degli artt. 222, comma 1, 204 cpv., 205, comma 2, n. 2 e 219, comma 1, c.p., in quanto non subordinavano il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica (o quello dell'imputato seminfermo in una casa di cura e custodia) al previo accertamento della persistente pericolosità derivante dall'infermità al momento dell'applicazione della misura: dove a fondare la censura fu l'equiparazione tra soggetto ancora colpito da malattia mentale e soggetto non più infermo (o seminfermo) e, quindi, non più socialmente pericoloso, irragionevole perché il persistere della infermità psichica «non poggia infatti su dati di esperienza suscettibili di generalizzazione, ma anzi costituisce un'inversione totale della logica del giudizio scientifico» [successivamente, con la **sentenza n. 1102 del 1988** la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 219, comma 3, c.p., da un lato eliminando elementi di contraddizione discendenti dalla precedente **sentenza n. 249 del 1983**, dall'altro fornendo precise indicazioni interpretative sull'art. 31 della l. n. 663 del 1986 (di riforma dell'ordinamento penitenziario) in punto di accertamento della pericolosità].

Peraltro, anche dopo che il legislatore del 1986 ha inteso superare completamente il sistema delle presunzioni di pericolosità, nella disciplina delle misure di sicurezza sono emersi ulteriori problemi di eccessiva rigidità, sui quali la Corte è stata chiamata ad intervenire.<sup>20</sup>

Un ulteriore esempio di rifiuto di uno schema presuntivo è la **sentenza n. 78 del 2007**, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli dell'ordinamento penitenziario «ove interpretati nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, sia in ogni caso precluso l'accesso alle

---

<sup>20</sup> Così, la **sentenza n. 253 del 2003** ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 222 c.p. nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale».

Com'è stato rilevato in dottrina, «Come nelle sentenze sulle presunzioni di pericolosità, si intrecciano nella sentenza n. 253 del 2003 un profilo valutativo e un profilo fattuale. Sul piano dei principi normativi, una chiara indicazione di *preferenza per misure non restrittive della libertà*, alla luce della rilevanza da riconoscere in ogni caso ai bisogni del destinatario della misura, in un'ottica che non può essere ridotta al solo profilo della sicurezza. Sul piano fattuale, una messa in dubbio della *presunzione di necessità della misura di tipo custodialistico*, sopravvissuta nella concreta disciplina dei presupposti del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario. In sostanza, ciò che viene denunciato come incostituzionale è il vincolo rigido imposto al giudice di disporre comunque la misura detentiva (tale è il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario: art. 215, primo comma, n. 3, c.p.) anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, che è accompagnata da prescrizioni imposte dal giudice, di contenuto non tipizzato (e quindi anche con valenza terapeutica), «idonee ad evitare e occasioni di nuovi reati» (art. 228, secondo comma, c.p.), appaia capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura a tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale. La legge qui adotta un modello che esclude ogni apprezzamento della situazione da parte del giudice, per imporgli un'unica scelta, che può rivelarsi in concreto, lesiva del necessario equilibrio fra le diverse esigenze che deve invece necessariamente caratterizzare questo tipo di fattispecie, e persino tale da pregiudicare la salute dell'infermo: ciò che (...) non è in alcun caso ammissibile» (D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., 1015).

misure alternative previste”. La Corte, in particolare, ha ritenuto che la lettura interpretativa della Cassazione “si risolve nella radicale esclusione dalle misure alternative alla detenzione di un’intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati”; aggiungendo che tale preclusione “risulta collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva – il mancato possesso di un titolo abilitativo alla permanenza nel territorio dello Stato – che, di per sé, non è univocamente sintomatico di una particolare pericolosità sociale”, e ritenendo – in definitiva – tale disciplina in contrasto “con gli stessi principi ispiratori dell’ordinamento penitenziario che, sulla scorta dei principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione), non opera alcuna distinzione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale”.

In queste decisioni, in definitiva, è l’assolutezza del meccanismo presuntivo ad essere ritenuto irragionevole perché non fondato su una sufficiente base empirica (i.e. «su dati di esperienza suscettibili di generalizzazione»): e questa particolare declinazione della ragionevolezza riflette ormai un orientamento consolidato, riaffermato, a più riprese, anche di recente (la già citata **sentenza n. 183 del 2011**), non solo con riferimento alla materia del diritto penale sostanziale (si vedano ancora le **sentenze n. 438 e 439 del 1995**, che hanno dichiarato, rispettivamente, l’irragionevolezza degli artt. 146, comma 3, c.p., e 286-bis, comma 1, c.p.p., sul differimento obbligatorio della pena ed il divieto di custodia cautelare per i soggetti affetti da AIDS; ma anche le già citate decisioni in materia di presunzione di inadeguatezza di misure diverse dalla custodia cautelare per taluni reati: **sentenze n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 del 2013; n. 331 del 2011; n. 213 e 232 del 2013**; retro, § 4.2).

La portata grandangolare di tale principio - che appunto ostracizza generalizzazioni poste a base dell’automatismo che fonda la presunzione assoluta, ove non suffragate empiricamente - è stata ulteriormente ribadita anche in relazione ai cc.dd. effetti penali della condanna, ritenendo manifestamente irragionevole, e dunque illegittima con riferimento all’art. 3 Cost., la norma dell’art. 1-ter, comma 13, lett. c), del d.l. n. 78 del 2009 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga dei termini), introdotto dalla legge di conversione n. 102 del 2009, nella parte in cui faceva derivare automaticamente il rigetto dell’istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati per i quali l’art. 381 cod. proc. pen. permette l’arresto facoltativo in flagranza, senza prevedere che fosse la pubblica amministrazione a provvedere ad accertare che il medesimo soggetto rappresentasse una minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza per lo Stato (**sentenza n. 172 del 2012**).

Nella pronuncia, la Corte ha anzitutto argomentato la manifesta irragionevolezza sulla considerazione che il diniego della regolarizzazione conseguiva automaticamente alla pronuncia di una sentenza di condanna anche per uno dei reati di cui all’art. 381 cod. proc. pen. “nonostante gli stessi non siano necessariamente sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi”. In secondo luogo, ha sottolineato come, nel caso di specie, l’automatismo concernesse una fattispecie connotata da “profili peculiari” tra quelle aventi ad oggetto l’accertamento della sussistenza dei requisiti per la permanenza nel territorio dello Stato - essendo la precipua procedura di emersione circoscritta agli stranieri extracomunitari che per un tempo ritenuto dal legislatore apprezzabile svolgevano, sia pure in situazione di irregolarità, attività di assistenza in favore del datore di lavoro o di componenti della famiglia affetti da patologie o disabilità – e rischiasse, in particolare, di “pregiudicare irragionevolmente gli interessi di questi ultimi”, potendosi essere instaurato “un legame peculiare e forte con chi ha bisogno di assistenza costante”, irragionevolmente travolto, appunto, dal citato meccanismo presuntivo.

Infine, la Corte ha ritenuto l’arbitrarietà della disciplina ancor più palese in relazione ai casi in cui l’automatismo potesse scattare anche in presenza di una sentenza non definitiva di condanna, poiché - se dalla sentenza definitiva possono desumersi elementi in grado di orientare la

formulazione del giudizio di pericolosità – “urta, invece, in modo manifesto con il principio di ragionevolezza che siano collegate alla stessa, in difetto del giudicato ed in modo automatico, conseguenze molto gravi, spesso irreversibili, per il lavoratore extracomunitario, nonostante che (...) la stessa commissione del reato potrebbe non essere sicuramente sintomatica della pericolosità sociale del medesimo” (**sentenza n. 172 del 2012**).

Come si vede, si tratta dunque di applicazioni molto diffuse ed eterogenee del generale canone della ragionevolezza, che in linea di principio si pone in frizione con meccanismi presuntivi ed automatismi legali, così come con previsioni legislative rigide la cui ratio possa rivelarsi inidonea a giustificare la precipua opzione normativa: e tra i molti esempi di questa applicazione più generale e trasversale del principio in esame merita di essere segnalata anche la **sentenza n. 179 del 2013**, con cui la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità dell’art. 54, d. lgs. n. 274 del 2000 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell’articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468), nella parte in cui tale norma impone lo svolgimento del lavoro di pubblica utilità nella Provincia di residenza del condannato, ovvero, in via subordinata, nella parte in cui non prevede l’ipotesi che il giudice, su richiesta del condannato, lo ammetta a svolgere il lavoro di pubblica utilità presso un ente non compreso nella Provincia di residenza.

Nel fuoco del giudizio di costituzionalità stava il tassativo ed esplicito vincolo territoriale previsto dalla norma impugnata, che obbliga il condannato a svolgere il lavoro di pubblica utilità nella Provincia di residenza.

Orbene, nel ritenere tale vincolo palesemente irragionevole - e dunque in contrasto con l’art. 3 Cost. - la Corte ha da un lato rilevato come il necessario consenso del condannato alla prestazione di lavoro di pubblica utilità in sostituzione alla pena detentiva o pecuniaria (art. 54, comma 1, d. lgs. n. 274 del 2000; art. 186, comma 9-bis, d. lgs. del 1992; art. 187, comma 8-bis, d. lgs. n. 285 del 1982 cit.) sia già tale da circoscrivere la discrezionalità del giudice decidente e garantire l’interesse del condannato ad evitare eccessivi spostamenti territoriali rispetto al luogo di dimora abituale; dall’altro, ha ricordato come l’attività lavorativa – ai sensi della disciplina generale – debba essere svolta “con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato”, e come in ordine alla salvaguardia di tali istanze “ben più conforme al canone di ragionevolezza si rivela la previsione di attribuire al giudice, anche in relazione al profilo qui in esame, su richiesta del condannato la possibilità di individuare la sede in cui il lavoro di pubblica utilità deve essere svolto” (sull’ulteriore profilo di illegittimità per contrasto con l’art. 27, terzo comma, Cost., cfr. infra, § 6.5.2.).

## **6. Il principio della finalità rieducativa della pena**

La Costituzione italiana dedica una precipua disposizione al tema della finalità della pena, stabilendo, all’art. 27, comma 3, che “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”.

La giurisprudenza costituzionale, nel corso del tempo, ha variamente interpretato e valorizzato le indicazioni contenute in questo principio, dilatandone progressivamente la portata e traendone altresì fondamentali indicazioni per fondare, sviluppare o potenziare diverse ed ulteriori garanzie in materia penale: così, anche alla luce del principio del finalismo rieducativo è maturata l’evoluzione che ha condotto a ricavare, volta a volta con differenti articolazioni sistematiche, il principio di colpevolezza (retro, § 3.1.), il principio di offensività (retro, § 4), il principio di proporzione della pena (retro, § 4.1.1.), ma anche rispetto ad altre “garanzie” il principio dell’art. 27, comma 3, Cost. ha offerto originali strumenti argomentativi (si veda, ad esempio, la **sentenza n. 487 del 1989**, concernente il principio di riserva di legge statutale, ove il riferimento alla “statualità a doppio titolo” è radicato anche sulle peculiari finalità perseguite dalla sanzione penale: retro, § 2.4.).

## 6.1. L'adesione alla c.d. "concezione polifunzionale della pena" e il ruolo "circoscritto" del principio rieducativo

Nell'interpretazione dell'art. 27 Cost., la Corte costituzionale, almeno nei suoi interventi più risalenti, ha espressamente dimostrato di accogliere la c.d. "concezione polifunzionale della pena", accompagnando questa adesione teorica ad una considerazione del principio rieducativo per lo più circoscritta alla sola fase esecutiva.

Questa scelta di fondo emerge chiaramente, ad esempio, nella **sentenza n. 12 del 1966**, con la quale, nel dichiarare fondato il dubbio di costituzionalità concernente la previsione della pena pecuniaria contemplata in relazione ad alcune tipologie di reato, la Corte ha enucleato la "vera portata del principio rieducativo" da una lettura congiunta delle due parti di cui si compone il terzo comma dell'art. 27 Cost., in base alla quale «la rieducazione del condannato, pur nella importanza che assume in virtù del precetto costituzionale, rimane pur sempre inserita nel trattamento penale vero e proprio», al quale, solo, il legislatore «con evidente implicito richiamo alle pene detentive, poteva logicamente riferirsi nel disporre che "le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità"»; pertanto, il principio rieducativo, «dovendo agire in concorso [con le] altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto», trovando precisa collocazione «nell'ambito della pena, umanamente intesa ed applicata».

Questa impostazione è stata mantenuta inalterata in diverse successive pronunce. Così, nella **sentenza n. 22 del 1971**, la Corte ha espressamente escluso che il fine rieducativo sia l'unico che la pena intende seguire: nel giudicare non fondata la questione di legittimità della previsione dei limiti massimi di pena per i reati di furto, la Corte ha agganciato «l'efficacia rieducativa, indicata come finalità ultima (e non unica) della pena dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione» non solo e non tanto alla durata della stessa, quanto, soprattutto, «al suo regime di esecuzione» (analogamente nelle **sentenze n. 119 del 1975; n. 102 e n. 169 del 1985**).

Anche la **sentenza n. 167 del 1973** conferma l'impostazione in base alla quale la rieducazione sarebbe elemento essenziale confinato alla sola fase esecutiva, affermando che «il principio della emenda [...], costantemente interpretato [...] nel senso che esso confligge con le altre funzioni della pena (afflittiva, di prevenzione) e che si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto», non può trovare applicazione nei confronti delle pene sospese o delle misure di sicurezza; analogamente, nella **sentenza n. 237 del 1984** la Corte ribadisce che «l'art. 27, terzo comma, Cost., si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto [...], mentre sfugge al controllo di legittimità l'indagine sull'efficacia rieducativa della pena edittale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore» (sulla stessa linea, si vedano anche le **sentenze n. 107 del 1980; n. 104 del 1982 e n. 23 del 1985**).

In effetti, la piena legittimazione, al fianco della finalità rieducativa della pena, delle ragioni (e giustificazioni) di prevenzione generale (e di retribuzione), aveva trovato già una significativa affermazione nella **sentenza n. 264 del 1974**, concernente la compatibilità con l'art. 27, comma 3, Cost. della pena dell'ergastolo: «funzione (e fine) della pena – si è affermato – non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile. A prescindere sia dalle teorie retributive, secondo cui la pena è dovuta per il male commesso, sia dalle dottrine positiviste, secondo cui esisterebbero criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili, non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena»; e su questa base la Corte poté concludere che l'art. 27 Cost. «non ha proscritto la pena dell'ergastolo [...] quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole».

## 6.2. La valorizzazione della finalità rieducativa oltre la fase esecutiva

Un primo, importante segnale di apertura verso una valorizzazione del principio rieducativo non limitato alla fase esecutiva si avverte nella **sentenza n. 204 del 1974**, dove la Corte – nel dichiarare incostituzionale l’art. 43 delle disposizioni di attuazione del cod. proc. pen., che attribuiva al Ministero della giustizia la facoltà di concedere la liberazione condizionale - qualifica il “recupero sociale del condannato” come “fine ultimo e risolutivo della pena” e, per la prima volta, individua un vero e proprio diritto alla rieducazione, inteso come il «diritto per il condannato a che [...] il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo». Su queste basi, l’istituto della liberazione condizionale, alla luce dell’art. 27, comma 3, Cost., assume un ruolo di particolare significato e peso, che dev’essere considerato già nella fissazione legislativa dei suoi presupposti e dei suoi limiti: «[...] il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle».

Il progressivo coinvolgimento e le implicazioni del principio rieducativo su piani e ambiti diversi dalla sola fase d’esecuzione ha una chiara testimonianza nella **sentenza n. 364 del 1988**, e conduce – come si è accennato [retro, § 3.1.] – ad affermare «la necessaria rimproverabilità della personale violazione normativa», e «l’illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (o indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali». E’ dunque alla luce di una piena valorizzazione della finalità rieducativa già nella fase dell’applicazione della pena che matura l’evoluzione del principio di personalità della responsabilità penale nel principio della responsabilità per fatto proprio e colpevole, con le già evidenziate conseguenze sulla disciplina dell’irrelevanza dell’ignorantia legis, e la parziale illegittimità dell’art. 5 c.p.: del resto, l’applicazione di una pena anche a fronte di una ignoranza o errore non rimproverabile potrebbe giustificarsi solo aderendo ad una concezione fondata sulla «[...] prevenzione generale in chiave di pura deterrenza che, peraltro, [...] non può considerarsi legittimamente utilizzabile per ascrivere una responsabilità penale [...]» (**sentenza n. 364 del 1988**), posto che punire in difetto di colpevolezza per finalità di prevenzione generale negativa e di prevenzione speciale negativa implicherebbe «una strumentalizzazione dell’essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall’art. 2 Cost.» (**sentenza n. 322 del 2007**).

E’ in una linea di ideale continuità con queste pronunce che si colloca la **sentenza “storica” n. 313 del 1990**, ove la Corte, nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l’art. 444, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse valutare la congruità della pena richiesta dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione, inaugura una nuova fase nella lettura interpretativa dell’art. 27, comma 3, Cost., aprendo alla sua piena, trasversale valorizzazione.

Discostandosi dall’orientamento tradizionale e disvelando talune ambiguità della c.d. “concezione polifunzionale della pena”, la Corte chiaramente afferma che il principio concernente la finalità rieducativa della pena «lunghi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», in una prospettiva dove il verbo “tendere” rappresenta solo «la presa d’atto della divaricazione che nella prassi può verificarsi tra quella finalità e l’adesione di fatto del destinatario al processo di rieducazione».

Così, deve essere «esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell’art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie», poiché «se la

finalità rieducativa venisse limitata alla sola fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniquale specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto».

### **6.3. Il bilanciamento tra le diverse finalità della pena “nei limiti della ragionevolezza”**

La valorizzazione della finalità rieducativa della pena oltre la fase esecutiva non significa, tuttavia, eliminazione delle ulteriori finalità che la pena tradizionalmente riconosce, la cui compresenza – nell’ottica della concezione polifunzionale della pena - non è mai stata negata dalla Corte.

Da questo punto di vista, anzi, un’altra affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale, ribadita anche di recente, concerne l’impossibilità di stabilire una “statica, assoluta gerarchia” tra le diverse finalità della pena: secondo la **sentenza n. 282 del 1989**, «è certo necessario, indispensabile, di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione) o per i diversi istituti di volta in volta considerati, individuare a quale delle finalità della pena, ed in che limiti, debba essere data prevalenza, ma non è consentito stabilire a priori, una volta per tutte (neppure a favore della finalità rieducativa) la precitata gerarchia». Se una gerarchizzazione è impossibile, l’accentuazione della finalità rieducativa conserva comunque un ruolo predominante in sede di esecuzione della pena detentiva: «mentre [...] per nessuna ragione può essere superata la durata dell’afflittività insita nella pena detentiva determinata con la sentenza di condanna (per questo aspetto, la retribuzione, intesa come misura limite, sulla base della colpevolezza del fatto, dell’intervento punitivo, prevale anche sulla finalità rieducativa: infatti, ove così non fosse, cadrebbero fondamentali garanzie a favore del reo), a sua volta la finalità rieducativa prevale su ogni altra finalità nell’ipotesi che l’esame della personalità del reo ed il conseguente giudizio prognostico sulla sua futura vita nella società impongano, prima o durante l’esecuzione [...] di sospendere o ridurre [...] l’esecuzione stessa».

Tra le diverse finalità della pena, non gerarchizzabili a priori, è in ogni caso il legislatore che – “nei limiti della ragionevolezza” (retro, § 5) – può dare la preferenza, di volta in volta, all’una o all’altra finalità, «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata» (**sentenza n. 306 del 1993**, secondo la quale «inibire l’accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati», solo sulla base del titolo di reato e senza che sia necessario accertare la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, «ha comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa»).

Se è vero, insomma, che tra gli scopi della pena non è possibile stabilire aprioristicamente una gerarchia fissa, poiché «le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica-criminale [...]», è anche vero che non c’è elusione delle funzioni costituzionali della pena ove «il sacrificio dell’una sia il “minimo indispensabile” per realizzare il soddisfacimento dell’altra, giacché soltanto nel quadro di un sistema informato ai paradigmi della adeguatezza e proporzionalità delle misure [...] è possibile sindacare la razionalità intrinseca (e, quindi, la compatibilità costituzionale) degli equilibri prescelti dal legislatore». In altri termini, la scelta del legislatore di dar preferenza ad una finalità della pena deve essere pur sempre valutata nel prisma della ragionevolezza: così, la scelta per una chiara indicazione general-preventiva – perseguita inasprando i presupposti per la concessione dei permessi premio ai recidivi «obliterando l’iter di risocializzazione già concretamente perseguito» e accomunando fra loro i recidivi reiterati, senza alcuna valutazione dei comportamenti e dei diversi parametri «individualizzanti finisce per relegare nell’ombra il profilo rieducativo», traducendosi «in un incoerente arresto dell’iter

trattamentale, in violazione del principio sancito dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione» (**sentenza n. 257 del 2006**).

Analogamente, la necessaria, armonica considerazione delle diverse funzioni che la Costituzione assegna alla pena conduce la Corte a ravvisare una violazione del principio dell'art. 27, comma 3, Cost. «nella radicale esclusione delle misure alternative alla detenzione di un'intera categoria di soggetti, individuata sulla base di un indice – la qualità di cittadino extracomunitario presente irregolarmente sul territorio dello Stato – privo di univoco significato rispetto ai valori rilevanti ai fini considerati», essendo collegata in modo automatico ad una condizione soggettiva «che di per sé non è univocamente sintomatica (...) di una particolare pericolosità sociale»: così, «L'assoluta preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, nei casi in esame, prescinde [...] dalla valutazione prognostica attinente alla rieducazione, al recupero e al reinserimento sociale del condannato e alla prevenzione del pericolo di reiterazione di reati, cosicché la finalità repressiva finisce per annullare quella rieducativa» (**sentenza n. 78 del 2007**).

#### **6.4. Le diverse implicazioni del principio rieducativo nella fase legislativa e della commisurazione della pena: in particolare, il “divieto di previsioni sanzionatorie rigide” ed il divieto di meccanismi presuntivi vincolanti il giudice in fase commisurativa**

L'affermazione fondamentale in base alla quale la finalità rieducativa della pena opera non solo nella fase dell'esecuzione della pena, ma anche nel momento della scelta legislativa dell'incriminazione penale ed in quello della cognizione giudiziale (**sentenza n. 313 del 1990**), vincolando dunque non solo il giudice dell'esecuzione, ma anche il giudice della cognizione e, prima ancora, il legislatore (profilo già evidenziato, del resto, dalla **sentenza n. 364 del 1988**), - pur nel quadro dei possibili bilanciamenti a cui il principio di cui all'art. 27, comma 3, Cost. risulta essere esposto - ha avuto conseguenze di estremo rilievo nei più diversi ambiti.

E' su questa idea, anzitutto, che si è radicato il principio di proporzione tra disvalore del fatto e gravità della pena, che - come si è accennato - rappresenta una delle implicazioni del principio di ragionevolezza, coltivata appunto alla luce del principio rieducativo (retro, § 5.3).

Anche prima di questa compiuta maturazione, la Corte aveva del resto anticipato alcune ricadute di questo percorso riconoscendo un limite – se non un preciso divieto – alle “previsioni sanzionatorie rigide” (problematizzate, in realtà, anche alla luce del principio di ragionevolezza-eguaglianza e del principio di proporzione: cfr. retro, §§ 5.2 e 5.3): nella già citata **sentenza n. 50 del 1980**, si afferma infatti che: «In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono (...) in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale: ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente “proporzionata” rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato».

Analogamente, è (anche) alla luce della finalità rieducativa che si è affermato il divieto di “rigidi automatismi” basati su presunzioni non empiricamente fondate, tali da escludere la possibilità, da parte del giudice, di considerare i normali criteri di commisurazione, nell'ottica della doverosa individualizzazione della pena: così, la **sentenza n. 183 del 2011**, ha dichiarato la parziale illegittimità del secondo comma dell'art. 62-bis c.p. «nella parte in cui, nel caso di recidivo reiterato, ex art. 99, quarto comma, c.p., chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), c.p.p., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di fondare sui parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p., in particolare sul comportamento susseguente al reato, la concessione dell'attenuante di cui all'art. 62-bis, primo comma, c.p.», riconoscendo tale limitazione in contrasto con il principio di ragionevolezza e con

l'art. 27, comma 3, Cost., in quanto, introducendo «una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti dell'imputato», finisce con l'espropriare il giudice del potere di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e di pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo, laddove, a fronte dell'incidenza sulla capacità a delinquere del parametro costituito dai precedenti penali dell'imputato, sarebbe possibile individuare altri parametri – come quello relativo alla condotta susseguente al reato – rilevanti ai fini del medesimo giudizio sulla capacità a delinquere che risultino in concreto idonei a contrastare la valenza negativa dei precedenti.

In particolare, il contrasto con il principio di ragionevolezza viene ravvisato nella scelta normativa di escludere, nell'ipotesi del secondo comma dell'art. 62-bis c.p., il potere del giudice di valutare ed apprezzare la condotta tenuta dal colpevole nel periodo successivo alla commissione del reato, essendo tale preclusione «fondata su una valutazione preventiva, predeterminata e astratta, che non risponde a un dato di esperienza generalizzabile, in quanto la rigida presunzione di capacità a delinquere, presupposta dalla norma censurata, è inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun collegamento». Infatti, «mentre la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali, che, pur potendo essere di grande significato per valutare l'attualità della capacità a delinquere, sono indiscriminatamente neutralizzati ai fini dell'applicazione delle circostanze attenuanti generiche».

Se dunque – come si è visto (retro, § 5.4) - le presunzioni assolute, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona», sono ammissibili solo ove non siano arbitrarie e irrazionali (ossia ove rispondano a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit), la ragionevolezza deve escludersi – questa la conclusione della Corte - nel caso di specie, considerando «da un lato, che la recidiva può basarsi anche su fatti remoti e privi di rilevante gravità e, dall'altro, che la decisione può intervenire anche a distanza di anni dalla commissione del fatto per cui si procede e che successivamente l'imputato potrebbe aver tenuto comportamenti sicuramente indicativi di una risocializzazione in corso, o interamente realizzata, e potrebbe anche essere divenuto una persona completamente diversa da quella che a suo tempo aveva commesso il reato».

Tuttavia, la deroga legislativa – nell'impianto argomentativo della decisione – è ritenuta illegittima anche perché ritenuta tale da sacrificare in modo intollerabile l'art. 27, comma 3, Cost.: difatti, «l'obiettivo della rieducazione del condannato, posto da questa norma costituzionale, non può essere efficacemente perseguito negando valore a quei comportamenti che manifestano una riconsiderazione critica del proprio operato e l'accettazione di quei valori di ordinata e pacifica convivenza, nella quale si esprime l'oggetto della rieducazione».

## 6.5. Finalità rieducativa ed esecuzione della pena

### 6.5.1. Premessa: nozione di rieducazione

Nel momento in cui ci si pone il problema di come operi il principio della finalità rieducativa in sede esecutiva appare necessario chiarire preliminarmente il concetto di “rieducazione”.

Sul punto, non si registra nella giurisprudenza costituzionale una uniformità di linguaggio, poiché la Corte ha utilizzato ed utilizza espressioni diverse per esprimere il concetto. Troviamo, infatti, una ampia gamma di varianti linguistiche, che vanno, ad esempio, dal «reinserimento nell'ordine sociale» della **sentenza n. 168 del 1972**, al «riadattamento alla vita sociale» della **sentenza n. 204 del 1974**, dal «reinserimento nel contesto economico e sociale» della **sentenza n. 126 del 1983**, al «reinserimento nel corpo sociale» ex **sentenza n. 274 del 1983**, dal «reinserimento

nella società» (**sentenze n. 161 del 1997 e n. 450 del 1998**), al «ravvedimento» o «recupero sociale» ex **sentenza n. 271 del 1998**, dal «reinserimento del condannato nel consorzio civile» (**sentenza n. 168 del 1994**), alla «risocializzazione» (**sentenze n. 282 del 1989; n. 296 del 2005; n. 257 del 2006**).

A prescindere dalla variante lessicale utilizzata, la funzione rieducativa si sostanzia in tutti quegli interventi atti a favorire il recupero del detenuto ad una vita nella società ed in quest'ottica un ruolo fondamentale è rivestito dalla disciplina che regola il momento esecutivo-penitenziario.

#### *6.5.2. Individualizzazione della pena, progressività nel trattamento penitenziario e divieto di automatismi*

Il primo passo per assicurare il rispetto del fine rieducativo è rappresentato dalla garanzia di "individualizzazione" del trattamento sanzionatorio.

Interessante, a tal proposito, è la **sentenza n. 50 del 1980** che, nel dichiarare non fondati i dubbi di legittimità dell'art. 121 del t.u. delle norme in materia di circolazione stradale del 1959, che comminava pena detentiva e pecuniaria fisse per chi circolasse con un veicolo di peso complessivo a pieno carico superiore a 30 quintali, ha posto l'accento sulla opportunità di garantire a ciascuno un trattamento punitivo "adeguato". «L'"individualizzazione" della pena – argomentano i Giudici – in modo da tener conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente la materia penale». Infatti, «l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce da un lato a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale [...]; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma Cost.». Emerge, pertanto, con evidenza, l'esigenza di «una articolazione legale del sistema sanzionatorio, che renda possibile tale adeguamento individualizzato, "proporzionale", delle pene inflitte con le sentenze di condanna»: perciò, in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non sono conformi a detti principi, ma l'eventuale dubbio di legittimità potrà essere, caso per caso, superato ove la pena appaia ragionevolmente proporzionata, considerate la natura dell'illecito e la gamma di comportamenti che possono integrarlo.

Nella già ricordata **sentenza n. 306 del 1993**, che ha dichiarato illegittima la revoca delle misure alternative alla detenzione per i condannati per determinati delitti pur in assenza dell'accertamento di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, si legge che anche l'effetto della revoca dei benefici deve essere proporzionato alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che l'ha determinata: questo principio «consegue a quelli di proporzionalità e individualizzazione della pena, cui l'esecuzione deve essere improntata, i quali a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma, e 3 della Costituzione».

Sulla medesima linea si collocano anche le **sentenze n. 357 del 1994; n. 68 e n. 504 del 1995; n. 445 del 1997**; in particolare, in quest'ultima pronuncia, la Corte, ricostruendo i propri precedenti in materia di art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, ha posto in evidenza come sia «il principio della progressività trattamentale a rappresentare il fulcro attorno al quale si è dipanata la giurisprudenza [costituzionale], doverosamente attenta a rimarcare l'esigenza che ciascun istituto si modelli e viva nel concreto come strumento dinamicamente volto ad assecondare la funzione rieducativa, non soltanto nei profili che ne caratterizzano l'essenza, ma anche per i riflessi che dal singolo istituto scaturiscono sul più generale quadro delle varie opportunità trattamentali che l'ordinamento fornisce».

Analoghe osservazioni si ritrovano nella **sentenza n. 255 del 2006**, che ha affermato l'incostituzionalità della mancata previsione della possibilità per il giudice di sorveglianza di negare

la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena quando ritiene il beneficio non adeguato alle finalità di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. (art. 1 della l. n. 207 del 2003): per l'attuazione dei principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena, «ed in funzione della risocializzazione del reo, è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e, conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari». Nella specie, la generalizzata applicazione del trattamento di favore a tutti i condannati, pur in presenza di differenti stadi di percorso di risocializzazione, «compromette, ad un tempo, non soltanto il principio di uguaglianza, [...] ma anche la stessa funzione rieducativa della pena, posto che il riconoscimento di un beneficio penitenziario che non risulti correlato alla positiva evoluzione del trattamento compromette inevitabilmente l'essenza stessa della progressività, che costituisce il tratto saliente dell'iter riabilitativo». Nella stessa pronuncia la Corte richiama anche un altro importante profilo, quello del divieto di automatismi sia nella revoca che – prima – nelle preclusioni all'accesso ai benefici, essendo detto automatismo in pieno contrasto «con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena».

Del resto, al divieto di automatismi la giurisprudenza costituzionale si era richiamata anche in precedenza, per esempio nella **sentenza n. 186 del 1995** che, nell'accogliere le censure mosse all'art. 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354, che contemplava una revoca automatica della liberazione anticipata in caso di intervenuta condanna per delitto non colposo commesso durante l'esecuzione e successivamente alla concessione del beneficio, ha posto l'accento sull'«ingiusto arresto che può subire il percorso di risocializzazione del condannato in dipendenza dell'automatismo che contraddistingue la revoca della liberazione anticipata», poiché «non è la condotta del soggetto ad essere valutata in rapporto alla natura ed alla funzione del beneficio preso in esame, ma unicamente il dato rappresentato dalla condanna per qualunque delitto non colposo».

Così, conclude la sentenza, l'indifferenza del legislatore «per qualsiasi tipo di apprezzamento in ordine alla compatibilità o meno degli effetti che scaturiscono dalla liberazione anticipata rispetto al valore sintomatico che in concreto può assumere l'intervenuta condanna», fa presupporre che alla base di tale scelta vi sia «nulla più che un preciso disegno volto ad assicurare, attraverso un meccanismo di tipo meramente sanzionatorio, la sola “buona condotta” del soggetto in espiazione di pena, relegando [...] nell'ombra proprio quella funzione di impulso e di stimolo ad una efficace collaborazione nel trattamento rieducativo che costituisce l'essenza stessa dell'istituto».

Parimenti, si legge nella **sentenza n. 173 del 1997** che «una brusca ed automatica sospensione» della detenzione domiciliare «può interrompere senza sufficiente ragione un percorso risocializzativo e riabilitativo», con la conseguenza che la previsione della sospensione automatica contenuta nell'art. 47-ter, ultimo comma, della stessa legge n. 354 del 1975, in presenza di una denuncia per il reato di cui al comma 8 dello stesso articolo (evasione), «senza valutazione delle circostanze in cui l'allontanamento denunciato come reato è avvenuto, confligge con la finalità rieducativa assegnata dalla Costituzione ad ogni pena, e dunque anche alle misure alternative previste in seno all'ordinamento penitenziario».

Anche la successiva **sentenza n. 296** dello stesso anno, pur dichiarando non fondate le questioni aventi ad oggetto l'art. 30-ter, quinto comma, della sopraindicata legge, che pone il divieto di permessi premio (per due anni dalla commissione del fatto), per chi, durante l'espiazione della pena, ha riportato condanna o è stato imputato per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena, censura «l'utilizzazione da parte del legislatore di meccanismi che sottraggono al magistrato di sorveglianza la verifica dell'effettiva incidenza di un medesimo fatto-reato sul trattamento penitenziario». Tuttavia, «considerata la particolare natura del permesso-premio, caratterizzato dall'essere parte integrante del trattamento ed ancorato alla regolarità della condotta quale delineata dall'art. 30-ter, ottavo comma, della legge n. 354 del 1975, non sembra che ogni automatismo, quando non determini una esclusione assoluta o definitiva da un beneficio, riesca a compromettere l'osservanza dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione» (sul punto si veda anche la **sentenza n. 418 del 1998**).

Ad ulteriore conferma dell'impostazione della Corte Costituzionale meritano di essere citate le recenti **sentenze n. 189 e n. 291 del 2010**.

In particolare, nella citata **sentenza n. 189** (con cui è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità sollevata in relazione all'art. 58-quater, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, che statuisce il divieto di concessione di benefici penitenziari nei confronti di condannato che sia stato riconosciuto colpevole del delitto di evasione di cui all'art. 385 c.p.), la Corte afferma «l'ineliminabile funzione rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, terzo comma, Cost. e confermata dalla giurisprudenza di questa Corte, che ha escluso l'ammissibilità, nel nostro ordinamento penitenziario, della prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione sociale su quelle di recupero dei condannati», aggiungendo che «Nella materia dei benefici penitenziari è criterio "costituzionalmente vincolante" quello che esclude "rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata caso per caso" (sentenza n. 436 del 1999)» e che «Se si esclude radicalmente il ricorso a criteri individualizzanti, "l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo" (sentenza n. 257 del 2006; in senso conforme sentenza n. 79 del 2007) e si instaura di conseguenza un automatismo "sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena" (sentenza n. 255 del 2006)».

Di nuovo, con la **sentenza n. 291 del 2010** è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità sollevata in relazione all'art. 58-quater, comma 7-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354, che statuisce il divieto di concessione di benefici penitenziari nei confronti dei condannati ai quali sia applicata la recidiva reiterata. Sulla base della ribadita esigenza, in materia di benefici penitenziari, di una valutazione individualizzata, «così da collegare la concessione o non del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'emenda e del reinserimento sociale» ed alla luce della propria giurisprudenza in tema di presunzioni assolute, la Corte, analogamente a quanto fatto nella precitata sentenza n. 189 dello stesso anno, ha dichiarato inammissibile la questione per avere il giudice a quo mancato di esplorare la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata.

Anche di recente la Corte ha avuto modo di ribadire, del resto, l'affermazione secondo cui la funzione rieducativa della pena e la risocializzazione del condannato devono avvenire sulla base di criteri individualizzanti e non su rigidi automatismi, confermando – nel richiamare quanto affermato dalla **sentenza n. 79 del 2007** – che “la finalità rieducativa della pena, stabilita all'art. 27, terzo comma, Cost., deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria. Quest'ultima deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito dalla rieducazione”; e su questa traccia precisando ulteriormente che “Tali principi, benchè riferiti alla legislazione penitenziaria, ben si adattano anche a fattispecie come quelle in esame, nelle quali le finalità rieducative della pena e il recupero sociale del soggetto sono particolarmente accentuati e sono perseguiti mediante la volontaria prestazione di attività non retribuita a favore della collettività” [**sentenza n. 179 del 2013**, che – ravvisando così un contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost., oltre che con l'art. 3 Cost. – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 3, del d. lgs. n. 274 del 2000 (Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468), nella parte in cui non prevede per il condannato che lo richieda la possibilità di essere ammesso dal giudice a svolgere il lavoro di pubblica utilità al di fuori della provincia in cui risiede].

### *6.5.3. La sospensione condizionale della pena*

Nel prisma del principio rieducativo, in un giudizio che spesso si articola al canone più generale della ragionevolezza, sono costantemente vagliate (e sorvegliate) le peculiarità disciplinari che accompagnano non solo le diverse tipologie di sanzioni, ma anche le vicende modificative ed estintive del reato e della punibilità oltre che – come si è accennato e come più in dettaglio si vedrà – tutti i diversi istituti che caratterizzano la costellazione dell'esecuzione penale e/o del “trattamento penitenziario”.

Quanto alle cause di estinzione del reato, l'attenzione rivolta alla finalità rieducativa non ha impedito alla Corte di giudicare non illegittima la scelta legislativa di escludere l'applicabilità della sospensione condizionale (e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale) per talune categorie di reati, e segnatamente per i reati in materia di elettorato attivo ed in materia di tenuta delle liste elettorali (art. 93 del T.U. delle leggi elettorali 16 maggio 1969, n. 570), appunto sottratti all'operatività del beneficio – ed alla ordinaria valutazione discrezionale del giudice - ai sensi dell'art. 102, ultimo comma, del medesimo T.U.

Con la **sentenza n. 48 del 1962**, la Corte ha infatti negato, anzitutto, che la disposta inapplicabilità ai suddetti reati potesse concretare un caso di arbitrio legislativo, e così reputato infondata la censura sollevata alla luce dell'art. 3 Cost., ritenendo plausibili (anzi “ovvi”) i motivi alla base della scelta del legislatore di ritenere opportuno un trattamento differenziato “sia la natura della materia regolata, che è di fondamentale importanza in un regime democratico, sia per l'efficacia immediata da riconoscersi, in tali casi, alla pena e alle misure che alla pena conseguono”. Parallelamente, quanto al contrasto con l'art. 27 Cost., nella stessa pronuncia si è sottolineato che “i caratteri dell'istituto della sospensione della pena non possono essere riportati soltanto alla finalità della rieducazione del colpevole”, dovendosi “tenere conto, nella sua valutazione, non soltanto dei criteri fissati dall'art. 164 c.p. (...) ma anche del limite edittale segnato dall'articolo 163 del cod. pen.”, limite richiamando il quale il legislatore – secondo la Corte – ha dimostrato di prestare attenzione, nel regolare la concessione del beneficio, anche al criterio della gravità del reato, non essendo dunque allo stesso vietato di escludere l'applicabilità del beneficio anche con riferimento alla qualità dei reati “quando questi (...) siano di tale natura da richiedere che la pena irrogata espliciti senza limitazioni la sua propria funzione intimi dativa e reintegrativa del diritto”.

Più di recente, inoltre, la Corte ha avuto occasione di ribadire che la sospensione condizionale è istituito la cui disciplina resta rimessa all'apprezzamento discrezionale del legislatore in via generale ed astratta, prima ancora che a quello del giudice, da compiersi caso per caso: e ciò sia in rapporto alla preliminare condizione che la pena inflitta non ecceda un certo limite (cfr. **sentenza n. 85 del 1997**); sia in riferimento all'effetto preclusivo della fruibilità del beneficio, che discende dal dosaggio della pena edittale per i singoli reati, anche tramite la comminatoria di una pena pecuniaria dal minimo particolarmente elevato, sola o congiunta alla pena detentiva (cfr. **ordinanza n. 377 del 1990**); affermando in particolare – a tale ultimo riguardo – che tale dosaggio e il conseguente effetto preclusivo può anche rispondere ad un disegno di più energica repressione di un determinato fenomeno criminoso, in ragione della sua marcata pericolosità sociale (così., in relazione al caso specifico del contrabbando di tabacchi lavorati esteri, l'**ordinanza n. 475 del 2002**).

#### *6.5.4. Le misure alternative alla pena detentiva (o alla pena pecuniaria) e i benefici penitenziari*

Come si è accennato, la Corte ha a più riprese affermato che «La finalità rieducativa è assegnata dalla Costituzione [...], accanto ad ogni pena, anche alle misure alternative previste in seno all'ordinamento penitenziario» (**sentenza n. 532 del 2002**), che «costituiscono il punto di emergenza del trattamento rieducativo, in quanto tendono a realizzare quel reinserimento sociale al quale tale trattamento punta» (**sentenza n. 282 del 1989**). Trattasi di misure molto eterogenee,

accomunate, però, dalla «finalità della rieducazione e del reinserimento sociale del condannato» (**sentenza n. 173 del 1997**).

Tra esse va annoverata la detenzione domiciliare, una modalità meno afflittiva di esecuzione della pena, nata con scopi assistenziali ed umanitari, che «ha assunto aspetti più vicini e congrui alla ordinaria finalità rieducativa [...], non essendo più limitata alla protezione dei “soggetti deboli” prima previsti come destinatari esclusivi» (**sentenza n. 350 del 2003**).

Così, la regola, contenuta nell'art. 656, comma 10, c.p.p., come sostituito dalla legge n. 165 del 1998, secondo cui la misura è «applicata de plano e “d’ufficio” a chi si trovi agli arresti domiciliari all’atto della condanna» e sia nelle condizioni per fruirne, non determina, secondo la **sentenza n. 422 del 1999**, «alcun tipo di interferenza sulla funzione rieducativa della pena, giacché si anticipa – evitando i naturali allungamenti dei tempi che sarebbero cagionati da un procedura camerale partecipata – ciò al quale il condannato avrebbe diritto come misura minima applicabile»: anzi, all’opposto, è «previsione non soltanto non in contrasto, ma addirittura in linea con il parametro costituzionale» di cui all’art. 27 Cost.

Nello stesso senso si è espressa la **sentenza n. 350 del 2003**, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 47-ter, comma 1, della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui non prevedeva la concessione della detenzione domiciliare alla madre (o al padre) conviventi con un figlio portatore di handicap totalmente invalidante.

Se questa è la funzione dell’istituto, chiaro è che «alla possibilità del raggiungimento di tale finalità, così come ben può guardarsi nel momento della concessione [...], deve indubbiamente guardarsi anche nel momento in cui si sia chiamati a procedere alla sospensione del trattamento», perché «una brusca ed automatica sospensione [...] può interrompere senza sufficiente ragione un percorso risocializzativo e riabilitativo» (**sentenza n. 173 del 1997**, che ha pronunciato l’illegittimità dell’ultimo comma dell’art. 47-ter citato ove fa derivare automaticamente la sospensione dalla presentazione di una denuncia per il reato di cui al comma 8 dello stesso articolo).

Altra importante misura è l’affidamento in prova al servizio sociale.

Sull’art. 47 dell’ord. penit., che prevede l’istituto, la Corte si è pronunciata in numerose occasioni: con la **sentenza n. 185 del 1985** ne ha dichiarato l’illegittimità nella parte in cui non consentiva che valesse come espiazione di pena il periodo di affidamento in caso di annullamento del provvedimento di ammissione; con la **sentenza n. 343 del 1987** ne ha censurato la parte che – in caso di revoca del provvedimento di ammissione per comportamento incompatibile con la prosecuzione – non consentiva al Tribunale di sorveglianza di determinare la pena detentiva residua tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il periodo di affidamento trascorso: infatti, se i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena e di finalità rieducativa vanno «concretamente realizzati non solo nella fase di cognizione, ma anche in quella esecutiva», agli stessi «deve essere adeguata la disciplina delle riduzioni, in corso di esecuzione, della pena originariamente inflitta». Successivamente, la **sentenza n. 386 del 1989** ha affermato l’incostituzionalità dell’art. 47 ord. penit. nella parte in cui non prevedeva che nel computo delle pene - ai fini della determinazione del limite dei tre anni di detenzione inflitta, oltre il quale il beneficio non può essere accordato - non si

dovesse tener conto anche delle pene espiate, posto che queste «hanno consentito una più lunga osservazione del comportamento e hanno potuto anche conseguire, sia pure parzialmente, oltre agli effetti necessariamente retributivi, quegli effetti di rieducazione e di recupero sociale che attengono alla funzione di prevenzione speciale»; infine, nella **sentenza n. 569 del 1989** lo stesso articolo è stato dichiarato illegittimo ove non prevedeva che il condannato, anche indipendentemente dalla detenzione per espiazione pena o per custodia cautelare, potesse essere ammesso alla misura se avesse serbato un comportamento tale da consentire un giudizio positivo ai fini della stessa ex comma 2 del medesimo articolo.

Da ricordare è anche la **sentenza n. 100 del 1997**, che ha tracciato la linea di confine tra l’istituto in esame e la semilibertà di cui all’art. 50 dell’ord. penit., evidenziandone la «sostanziale diversità

di presupposti»: la sottoposizione della semilibertà alla condizione della previa espiazione in carcere di un periodo di pena, sia pure non determinato nella durata, «appare coerente con la scelta di base operata dal legislatore quando ha configurato tale misura alternativa di solo parziale decarcerazione, e non può mettersi a raffronto [...] con i presupposti dell'affidamento in prova, che può essere disposto solo quando si ritenga che il regime extracarcerario contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati».

Sulla semilibertà, la **sentenza n. 445 del 1997**, dichiarando l'illegittimità dell'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 ove non prevedeva che il beneficio potesse essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio - e per i quali non fossero stati accertati collegamenti con la criminalità organizzata - ha evidenziato la «biunivoca correlazione fra la progressione del trattamento rieducativo e la risposta che lo stesso ottiene sul piano comportamentale». Da ciò consegue che «qualsiasi regresso giustifica un riadeguamento del percorso rieducativo, così come, all'inverso, il maturarsi di positive esperienze non potrà non generare un ulteriore passaggio nella scala degli istituti di risocializzazione». Pertanto, se - come nella specie è accaduto - «il positivo evolversi del trattamento [subisce] una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato, mostratosi, anzi meritevole di proseguire quel cammino rieducativo che proprio gli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario - e fra essi, in particolare, la semilibertà, sono chiamati ad assecondare», ciò non può che collidere con il finalismo rieducativo costituzionalmente garantito.

Nel Capo VI del titolo I della l. n. 354 del 1975 dedicato alle misure alternative è inserito anche l'art. 54 relativo alla liberazione anticipata, consistente in una detrazione di quarantacinque giorni di pena per ogni semestre scontato «che non ha gratuito carattere pietistico o paternalistico, ma rappresenta un premio allo sforzo che il condannato va facendo per adeguarsi all'opera diurna dell'Istituzione che, mediante la rieducazione, lo avvia al reinserimento sociale» (**sentenza n. 276 del 1990**). Secondo la Corte, la valutazione del comportamento tenuto non può essere globale e finale ma necessariamente atomistica, ossia riferita ai singoli semestri, e il giudizio negativo su uno o più di essi non può comportare la decadenza dal diritto di vedere riconosciuto il beneficio per quelli in cui le condizioni si siano verificate, perché la lettura contraria, offerta dalla Corte di cassazione, sarebbe incompatibile con l'intento del legislatore di incentivare una condotta partecipativa, nella prospettiva delle finalità di cui all'ultimo inciso del terzo comma dell'art. 27 Cost.

Sull'art. 54 la Corte è tornata con la **sentenza n. 352 del 1991**. Affermano i Giudici che la norma, nella parte in cui stabilisce che ai fini della concessione della liberazione anticipata è valutato anche il periodo trascorso in stato di custodia cautelare, pur se nella forma degli arresti domiciliari, non contrasta con l'art. 27, comma 3, Cost. poiché, «essendo la detrazione di pena rivolta al fine di consentire un più efficace reinserimento del condannato nella società, e dovendo questi offrire la prova di partecipazione all'opera di rieducazione, starà al giudice valutare se nel comportamento serbato dall'interessato nel corso della custodia cautelare possano essere rinvenuti quegli elementi che la giurisprudenza indica come sintomatici della evoluzione della personalità verso modelli socialmente validi, del ravvedimento improntato alla revisione delle motivazioni che avevano indotto il condannato a perseguire scelte criminali». Quindi, ricorrendo detti presupposti, la riduzione di pena «si giustifica quale riconoscimento della partecipazione all'opera rieducativa, la quale, anche se attuata "spontaneamente" ed al di fuori del circuito penitenziario, non per questo cessa di essere riguardata dal legislatore come parametro unitario e concettualmente indifferenziato». Così, «è proprio la "meritorietà" della condotta serbata nel corso degli arresti domiciliari a giustificare la detrazione di pena che, secondo la mens della norma, è destinata a facilitare un "più efficace reinserimento nella società"».

Se il trattamento «è diretto a promuovere un processo di modificazione degli atteggiamenti del condannato che sono di ostacolo ad una costruttiva partecipazione sociale», appare ingiustificato l'automatico arresto che il percorso di risocializzazione del condannato può subire in dipendenza dell'automatica revoca della misura in caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione, successivamente alla concessione del beneficio: detta regola, contemplata nell'art. 54, comma 3, è stata dichiarata incostituzionale con la **sentenza n. 186 del 1995**.

Un ruolo essenziale ai fini della risocializzazione rivestono poi i benefici penitenziari e, tra essi, il permesso premio che, pur «non compreso nel capo sesto della legge penitenziaria, relativo alle misure alternative alla detenzione», rappresenta comunque «uno strumento cruciale ai fini del trattamento, perché può rivelarsi funzionale – in applicazione del principio di progressività – all'affidamento in prova» e costituisce «incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria [...] tanto da venir considerato esso stesso strumento di rieducazione in quanto consente un iniziale reinserimento del condannato nella società» (**sentenza n. 504 del 1995**, che richiama le **sentenze n. 188 del 1990** e **n. 227 del 1995**).

Sul punto si registrano alcune pronunce che hanno dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4-bis dell'ord. penit., relativo alla concedibilità dei benefici carcerari ai condannati per determinati delitti ricollegabili all'area della delinquenza organizzata, che prestino attività di collaborazione con la giustizia.

Così, ad esempio, la norma è stata considerata illegittima nella parte in cui non prevedeva che i benefici potessero essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto (**sentenza n. 357 del 1994**) o l'integrale accertamento dei fatti operato con sentenza definitiva (**sentenza n. 68 del 1995**) avessero reso impossibile un'utile collaborazione con la giustizia: infatti, «collaborazione irrilevante e collaborazione impossibile finiscono per saldarsi all'interno di un quadro unitario di collaborazione oggettivamente inesigibile» e porre «come presupposto per l'applicazione di istituti funzionali alla rieducazione» un comportamento che obiettivamente non può essere prestato «equivale evidentemente ad escludere arbitrariamente una serie importante di opportunità trattamentali, con chiara frustrazione del precetto sancito dall'art. 27 della Costituzione e senza alcuna “contropartita” sul piano delle esigenze di prevenzione generale» (**sentenza n. 68 del 1995**).

Sulla stessa linea si sono poste, successivamente, la già ricordata **sentenza n. 504 del 1995** – incostituzionalità dello stesso articolo ove stabiliva che la concessione di ulteriori permessi fosse negata ai condannati per i delitti di criminalità di cui al comma 1 che non avessero collaborato con la giustizia, anche in assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata – e la **sentenza n. 137 del 1999** – illegittimità dell'art. 4-bis nella parte in cui non contemplava che il permesso potesse essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 356 del 1992, avessero conseguito un livello di rieducazione adeguato al beneficio (e per i quali non fosse accertato un collegamento attuale con la criminalità), perché «non si può ostacolare il raggiungimento della finalità rieducativa [...] con il precludere l'accesso a determinati benefici o determinate misure alternative in favore di chi, al momento in cui è entrata in vigore una legge restrittiva, abbia già realizzato tutte le condizioni per usufruirne».

Da ultimo, è da segnalare la **sentenza n. 79 del 2007**, in cui i Giudici si sono pronunciati per l'incostituzionalità dei commi 1 e 7-bis dell'art. 58-quater ord. penit. (commi introdotti dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251), nella parte in cui non prevedono che i benefici penitenziari in essi indicati possano essere concessi, sulla base della normativa previgente, ai condannati che, prima della entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti.

Ribadendo il proprio orientamento costante, già più volte richiamato, la Corte ha sottolineato che la finalità rieducativa della pena «deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria», la quale deve determinare «modalità e percorsi idonei a realizzare l'emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore che, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi

compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione».

Pertanto, la massima valorizzazione dei percorsi rieducativi compiuti «mal si concilia con la vanificazione, in tutto o in parte, degli stessi, per effetto di una mera successione delle leggi nel tempo»: perciò, in caso di una sopravveniente normativa «che escluda da un beneficio una data categoria di soggetti, l'applicazione della nuova restrizione a chi aveva già maturato, secondo la previgente disciplina, le condizioni per godere del beneficio stesso, rappresenta, rispetto all'iter rieducativo, una brusca interruzione, senza che ad essa abbia in alcun modo corrisposto un comportamento colpevole del condannato». Tale interruzione vanifica le positive esperienze già compiute, con la conseguenza che «l'opzione repressiva finisce per relegare nell'ombra il profilo rieducativo, [...] al di fuori di qualsiasi concreta ponderazione dei valori coinvolti», determinando una violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.

Peraltro, principi di analogo tenore sono stati affermati anche con riferimento alla pena del lavoro di pubblica utilità che il giudice di pace – ai sensi dell'art. 54, comma 1, del d. lgs. n. 274 del 2000 – può applicare, su richiesta dell'imputato, in sostituzione della pena detentiva e pecuniaria: con la **sentenza n. 179 del 2013** - ravvisando appunto il contrasto (oltre che con l'art. 3) con l'art. 27, terzo comma, Cost. - la Corte ha infatti dichiarato l'illegittimità dell'art. 54, comma 3, del d. lgs. n. 274 del 2000 nella parte in cui non prevede che, su richiesta del condannato, il giudice possa ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilità “fuori dall'ambito della provincia in cui risiede”, rilevando tale disposizione in conflitto con il principio – già più volte richiamato – per cui “la funzione rieducativa della pena e la risocializzazione devono avvenire sulla base di criteri individualizzanti e non su rigidi automatismi”, posto che “la previsione di un vincolo territoriale, privo di adeguata giustificazione, può compromettere le finalità ora indicate, impedendo al giudice una efficace modulazione della pena e dissuadendo il condannato dall'intraprendere un percorso che avrebbe potuto consentirne l'emenda e la risocializzazione”.

#### *6.5.5. La liberazione condizionale*

La finalità della rieducazione del detenuto attraverso il suo riavvicinamento alla società permea di sé tutto l'istituto della liberazione condizionale, che, come noto, consiste nella possibilità, in presenza di determinati requisiti oggettivi e soggettivi, di concludere la pena all'esterno del carcere in regime di libertà vigilata.

«L'istituto della liberazione condizionale rappresenta un particolare aspetto della fase esecutiva della pena restrittiva della libertà personale e si inserisce nel fine ultimo e risolutivo della pena stessa, quello, cioè, di tendere al recupero sociale del condannato» (**sentenza n. 204 del 1974**). Secondo la Corte, con l'art. 27, comma 3, Cost. l'istituto ha assunto un peso e un valore più incisivo di quello che non avesse in origine; rappresenta, in sostanza, «un peculiare aspetto del trattamento penale e il suo ambito di applicazione presuppone un obbligo tassativo per il legislatore di tenere non solo presenti le finalità rieducative della pena, ma anche di predisporre tutti i mezzi idonei a realizzarle e le forme atte a garantirle». Sulla base di tali considerazioni si è pervenuti alla dichiarazione di illegittimità della norma (art. 43 disp. att. cod. proc. pen.) che attribuiva all'allora Ministro di grazia e giustizia la competenza ad applicare la liberazione condizionale. I Giudici, infatti, ritengono essenziale la necessità della garanzia giurisdizionale, rilevando la natura non discrezionale dell'istituto in questione e riconoscendo, in capo al condannato che si trovi nelle condizioni stabilite, un vero e proprio diritto a che «il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato, al fine di accertare se la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

Di notevole interesse è anche la **sentenza n. 274 del 1983** per la declaratoria di illegittimità costituzionale, ivi contenuta, dell'art. 54 della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui non

prevedeva la possibilità di concedere anche al condannato all'ergastolo la riduzione di pena ai soli fini del computo della quantità di pena da scontare per l'ammissione alla liberazione condizionale. La Corte sottolinea che - fermo il presupposto della liberazione condizionale, concedibile solo al condannato che abbia tenuto, durante il tempo di esecuzione della pena, un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo "ravvedimento" - «la possibilità di acquisire una riduzione della pena incentiva e stimola nello stesso soggetto la sua attiva collaborazione all' "opera di rieducazione"». Così, nel premiare il comportamento del condannato, che è invogliato a partecipare all'opera della sua rieducazione e ad assecondarla rendendola meno difficile e più efficace, la riduzione della pena si raccorda sul piano teleologico con il presupposto della liberazione condizionale, e cioè con il risultato della rieducazione medesima, sollecitando e corroborando il ravvedimento del condannato ed il conseguente suo reinserimento nel corpo sociale. Finalità questa, continuano ancora i Giudici costituzionali, che il vigente ordinamento penitenziario, in attuazione del precetto del terzo comma dell'art. 27 Cost., persegue per tutti i condannati a pena detentiva, ivi compresi gli ergastolani, ai quali è esteso l'istituto della liberazione condizionale ex legge n. 1634 del 1962 (in proposito si veda anche la **sentenza n. 264 del 1974**, che nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 27, comma 3, della Cost., dell'art. 22 c.p., faceva perno, tra l'altro, proprio sull'ammissibilità dei condannati all'ergastolo alla liberazione condizionale, in quanto essa «consente l'effettivo reinserimento [...] nel consorzio civile»).

Un ulteriore passaggio verso il riconoscimento dell'istituto della liberazione condizionale quale strumento finale del disegno di recupero del condannato nella società civile è stato compiuto dalla Corte costituzionale con la **sentenza n. 282 del 1985**. Con tale pronuncia, infatti, i Giudici delle leggi sottolineano proprio la circostanza che la liberazione condizionale costituisce «attuazione ante litteram, dei principi espressi dall'art. 27, terzo comma, Cost.» e, oltre a realizzare la finalità rieducativa della pena, rende "più umana" la stessa pena, evitando al condannato la parte centrale o finale della detenzione, cioè la fase più inumanamente afflittiva di quest'ultima. Ancora, secondo la Corte, la liberazione condizionale «impedisce che la finalità special-preventiva [...] vada oltre il suo scopo: diviene, infatti, inutile, la prosecuzione dell'esecuzione della pena detentiva quando il condannato si dimostri sicuramente ravveduto. In definitiva, secondo la Corte, con la liberazione condizionale «la funzione rieducativa della pena prevale, [...], ai sensi [...] dell'art. 27, terzo comma, Cost., sull'esigenza retribuzionistica».

La **sentenza n. 161 del 1997** si immette senza soluzioni di continuità nell'ambito di questo processo di trasformazione che ha avuto il merito di far prevalere le valenze rieducative dell'istituto su quelle meramente sanzionatorie. Con tale pronuncia, la Corte dichiara, infatti, l'incostituzionalità dell'art. 177, comma 1, c.p. «nella parte in cui non prevede che il condannato all'ergastolo, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, possa essere nuovamente ammesso a fruire del beneficio, ove ne sussistono i relativi presupposti»; invero, nel caso contrario, come si legge nella motivazione della sentenza, il mantenimento di questa preclusione assoluta equivarrebbe, per l'ergastolano, ad una sua permanente esclusione dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in palese contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost., efficace anche nei confronti degli ergastolani.

Con la **sentenza n. 418 del 1998**, la Corte ritorna sulla problematica del divieto degli automatismi in relazione ai casi di revoca automatica di benefici concessi proprio in vista dei percorsi rieducativi del condannato (si vedano, in proposito, le **sentenze n. 306 del 1993; n. 186 del 1995; nn. 173 e 296 del 1997**), dichiarando l'illegittimità costituzionale, ancora una volta, dell'art. 177, comma 1, c.p. nella parte in cui prevede «la revoca della liberazione condizionale nel caso di condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che la liberazione condizionale è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio». Il carattere automatico della revoca, secondo la Corte, non consentirebbe al giudice «di valutare se il soggetto, che ha posto in essere una possibile causa di revoca, nonostante ciò non abbia abbandonato ed effettivamente prosegua il percorso rieducativo cui è finalizzata l'esecuzione della pena». Per ciò che concerne più

propriamente la valutazione del ravvedimento del condannato, da ultimo, si segnala la **sentenza n. 138 del 2001**, nella quale ritenendo pienamente coerente con la finalità rieducativa la condizione espressa dell'adempimento delle obbligazioni civili derivanti da reato, si precisa che «anche qualora si volesse attribuire al concetto di "rieducazione", evocato dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, un contenuto "minimale" e puramente "negativo" - limitandolo al solo rispetto della "legalità esteriore" e, cioè, all'acquisizione dell'attitudine a vivere senza commettere (nuovi) reati - resta il fatto che una prognosi sicuramente favorevole su tale versante non può

prescindere dalla valutazione di comportamenti che rivelino l'acquisita consapevolezza, da parte del reo, dei valori fondamentali della vita sociale». Da ciò consegue che, qualora il condannato non abbia i mezzi adeguati per l'adempimento delle obbligazioni civili, l'indice dell'avvenuta rieducazione dovrà essere tratto da altre forme alternative di ravvedimento: «la circostanza, infatti, che pure in simile evenienza il condannato dimostri solidarietà nei confronti della vittima, interessandosi delle sue condizioni e facendo quanto è possibile per lenire il danno provocato, anziché assumere un atteggiamento di totale indifferenza, non può non avere [...] un particolare peso nella verifica dei risultati del percorso rieducativo».

#### *6.5.6. La grazia*

Un istituto che la Corte considera funzionale alla realizzazione della finalità rieducativa è la grazia: nella **sentenza n. 200 del 2006** si legge, infatti, che la funzione della grazia è «quella di attuare i valori costituzionali consacrati nel terzo comma dell'art. 27 Cost., garantendo soprattutto il "senso di umanità", cui devono ispirarsi tutte le pene, [...] non senza trascurare il profilo di "rieducazione" proprio della pena».

Di particolare interesse è, sul punto, la **sentenza n. 134 del 1976** che, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità dell'art. 596, terzo capoverso, c.p.p. – nella parte in cui prevede la revoca della grazia in caso di mancato adempimento delle condizioni stabilite nel decreto di concessione – ha concluso che «l'apposizione di condizioni alla grazia corrisponde ad una fondamentale esigenza di natura equitativa che consente la individualizzazione del provvedimento di clemenza in un senso logicamente parallelo alla individualizzazione della pena», e «tende a temperare il rigorismo della applicazione pura e semplice della legge penale mediante un atto che non sia di mera clemenza, ma che, in armonia col vigente ordinamento costituzionale, e particolarmente con l'art. 27 Cost., favorisca in qualche modo l'emenda del reo ed il suo reinserimento nel tessuto sociale». A tale obiettivo sono preordinate le condizioni eventualmente apposte nel decreto di concessione (ad esempio, il risarcimento del danno o il pagamento di una somma alla Cassa delle ammende): «trattasi – infatti – di circostanze che contribuiscono ad evidenziare un comportamento del reo, suscettibile di considerazione positiva ai fini della valutazione della sua personalità, e quindi della concreta possibilità di un suo recupero sociale».

#### *6.5.7. La legittimità di trattamenti differenziati: la posizione del minore*

Il campo in cui, più di tutti, si avverte l'esigenza di una individualizzazione del trattamento sanzionatorio, in funzione della rieducazione del condannato, è quello della giustizia minorile che, secondo la Corte, ha una struttura particolare proprio «in quanto è diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni» (**sentenza n. 25 del 1964**). Appare, pertanto, non solo opportuno ma necessario garantire al minore un giudizio da parte di un giudice ad hoc: in quest'ottica, «il tribunale per i minorenni, considerato nelle sue complessive attribuzioni, [...] ben può essere annoverato tra quegli "istituti" dei quali la Repubblica deve favorire lo sviluppo ed il funzionamento, così adempiendo al precetto costituzionale che la impegna

alla "protezione della gioventù", con «la particolare struttura del collegio giudicante (composto, accanto ai magistrati togati, da esperti, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia), [con] gli altri organi che ne preparano o fiancheggiano l'operato, nonché [con] le peculiari garanzie che assistono l'imputato minorenni nell'iter processuale» (**sentenza n. 222 del 1983**). Tutto ciò «in vista soprattutto - almeno per quanto più specificamente attiene al settore penale - dell'essenziale finalità del recupero del minore deviante, mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale» (**sentenza n. 78 del 1989**), «in armonia con la meta additata dal terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, nonché dall'art. 14, paragrafo 4, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (adottato a New York il 19 dicembre 1966 e la cui ratifica ed esecuzione sono state disposte con legge 25 ottobre 1977, n. 881), a norma del quale la procedura applicabile ai minorenni rispetto alla legge penale dovrà tener conto della loro età e dell'interesse a promuovere la loro rieducazione» (ancora **sentenza n. 222 del 1983**). La **sentenza n. 78 del 1989** sopracitata ha dichiarato illegittimi gli artt. 263 c.p.m.p. e 9 del r.d.l. 20 luglio 1934, n. 1404, «nella parte in cui sottraggono al tribunale per i minorenni la cognizione dei reati militari commessi dai minori degli anni diciotto appartenenti alle forze armate». In essa la Corte, dopo aver posto a confronto le due "giurisdizioni" ed aver osservato che, mentre quella dei tribunali militari deve essere intesa «come [...] eccezionale, circoscritta entro limiti rigorosi», invece «i tribunali per i minorenni, che rientrano tra le istituzioni di cui al secondo comma dell'art. 31 Cost., devono essere [...] favoriti [...] ad essenziale protezione della gioventù», insiste nel sottolineare che «la giustizia minorile è diretta, in modo specifico, alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni e che il mondo minorile necessita di valutazioni, da parte del giudice, fondate su prognosi particolarmente individualizzate. Ora queste prognosi, sempre difficili, divengono articolate e complicate allorchè sono riferite a minori degli anni diciotto»: di conseguenza esse sono affidate oltre che a giudici togati anche ad esperti «e non possono ritenersi, con pari garanzia, validamente affidate, neppure eccezionalmente (per i soli appartenenti alle forze armate) soltanto a giudici militari togati ed a militari non appartenenti all'ordinamento giudiziario militare»: infatti, «le sanzioni penali applicate ai minorenni tengono [...] conto che il minore degli anni diciotto spesso è portato al delitto da carenze di personalità», con la conseguenza che «l'indagine sulla personalità del minore reclama giudici specializzati, forniti di capacità tecniche particolari [...], che] devono non soltanto adeguatamente vagliare la personalità del minore ma [...anche] individuare il trattamento rieducativo più appropriato».

Proprio perché il «progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa» si presenta «assolutamente preminente nell'esecuzione penale minorile» (**sentenza n. 403 del 1997**, ma anche **n. 109 del 1997**), i Giudici hanno ritenuto illegittimi gli artt. 17 e 22 c.p. nella parte in cui non escludevano l'applicazione dell'ergastolo al minore imputabile e, in via consequenziale, anche l'art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui non prevedeva che, nei confronti del minore imputabile, fosse applicabile il primo comma dello stesso articolo in caso di concorso tra l'attenuante dell'art. 98 e una o più aggravanti che comportano l'ergastolo, e nella parte in cui prevedeva che, nei confronti del minore, fossero applicabili il primo e terzo comma dello stesso art. 69, in caso di concorso tra l'attenuante dell'art. 98 e una o più aggravanti che accedono ad un reato per il quale è previsto l'ergastolo, nonché l'art. 73, comma 2, c. p., nella parte in cui, in caso di concorso di più delitti commessi da minore imputabile, per ciascuno dei quali deve infliggersi la reclusione non inferiore a ventiquattro anni, prevedeva la pena dell'ergastolo (**sentenza n. 168 del 1994**).

La Corte, dopo aver richiamato, per discostarsene, la **sentenza n. 140 del 1993**, che aveva considerato inammissibile una questione in parte analoga, stabilisce che «se l'art. 27, terzo comma, [Cost.] non espone di per sé a censura di incostituzionalità la previsione della pena dell'ergastolo [...], di esso deve darsi una lettura diversa allorchè lo si colleghi con l'art. 31 della Costituzione, che impone una incisiva diversificazione, rispetto al sistema punitivo generale, del trattamento penalistico dei minorenni». Dall'art. 31 Cost. deriva l'incompatibilità della previsione dell'ergastolo

per gli infradiciottenni, previsione che «accomuna [...] nel medesimo contesto punitivo, tutti i soggetti, senza tener conto della particolare condizione minorile». Secondo i Giudici costituzionali, questa diversificazione è imposta dall'art. 31 Cost., letto alla luce degli obblighi enunciati in numerose convenzioni internazionali, ossia: la Dichiarazione dei diritti del fanciullo della Società delle Nazioni del 1924 ("il fanciullo deve essere messo in grado di svilupparsi normalmente, materialmente e spiritualmente"), la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (ONU, New York, 10 dicembre 1948, "la maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza"), la Dichiarazione dei diritti del fanciullo (ONU, New York, 20 novembre 1959, "il fanciullo deve beneficiare di una speciale protezione e godere di possibilità e facilitazioni, in base alla legge e ad altri provvedimenti"), le Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (ONU, New York, 29 novembre 1985, cc.dd. "Regole di Pechino", "un minore è un ragazzo o una persona che nel rispettivo sistema legale può essere imputato per un reato, ma non è penalmente responsabile come un adulto", "il sistema della giustizia minorile deve avere per obiettivo la tutela del giovane ed assicurare che la misura adottata nei confronti del giovane sia proporzionale alle circostanze del reato o all'autore dello stesso", "la tutela del minore deve essere criterio determinante nella valutazione del suo caso"), la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176 ("nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Né la pena capitale né l'imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere decretati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni", "la detenzione o l'imprigionamento di un fanciullo devono essere effettuati in conformità con la legge, costituire un provvedimento di ultima risorsa ed avere la durata più breve possibile").

Interpretato in conformità a questi principi, l'art. 27, comma 3, Cost. assume, rispetto ai minorenni, un significato diverso rispetto a quello riferibile alla generalità delle persone, poiché la funzione rieducativa «per i soggetti minori di età è da considerarsi se non esclusiva, certamente preminente» ed anzi, «proprio perché applicata nei confronti di un soggetto ancora in formazione e alla ricerca della propria identità», ha «una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione del suo inserimento maturo nel consorzio sociale» (sempre **sentenza n. 168 del 1994**).

La correlazione fra l'art. 27, comma 3, e l'art. 31 Cost. si rinviene anche nella **sentenza n. 128 del 1987**, che ha concluso per l'incostituzionalità della legge 9 ottobre 1974, n. 632 che, ratificando il trattato in materia di estradizione fra Italia e USA del 18 gennaio 1973, consentiva l'extradizione dell'imputato infraquattordicenne e infradiciottenne anche nei casi in cui l'ordinamento della Parte richiedente non lo considerava minore. Il combinato disposto dei due parametri mette in evidenza come l'interesse del minore, che si pone fra gli interessi costituzionalizzati, debba far intendere la giustizia minorile «diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione», considerato altresì che la pena può tendere alla rieducazione solo se il condannato «è in grado di intenderne il contenuto rieducativo» e di «volere la sua stessa risocializzazione».

D'altra parte, si legge, fra le altre, nella **sentenza n. 125 del 1992**, la «essenziale finalità di recupero del minore deviante mediante la sua rieducazione ed il suo reinserimento sociale» caratterizza «tutti i momenti e le fasi attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica nei confronti dei minori». La pronuncia richiama, con riferimento alla fase istruttoria, il precedente di cui alla **sentenza n. 46 del 1978**, che ha ritenuto, in via interpretativa, che non potesse estendersi ai minori il divieto di concessione della libertà provvisoria ex art. 1, comma 1, della legge n. 152 del 1975, posto che un simile automatismo sarebbe stato in contrasto con la necessità che le valutazioni del giudice, in materia di carcerazione preventiva, siano «fondate su prognosi ovviamente individualizzate in ordine alle prospettive di recupero del minore deviante», poiché non si può «lasciare intentata ogni possibilità di recupero di soggetti non ancora del tutto maturi dal punto di vista psicofisico» (**sentenza n. 46 del 1978**).

«Ad analoghe esigenze deve essere improntato il trattamento del minore anche nella fase esecutiva»: nella già menzionata **sentenza n. 125 del 1992**, i Giudici pervengono ad una pronuncia

di inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 79, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, censurato nella parte in cui non consente di ritenere che, nei confronti di soggetti minorenni all'epoca dei fatti, le misure alternative alla detenzione - affidamento in prova al servizio sociale e semi libertà - operino con modalità diverse da quelle stabilite in generale dalle disposizioni che le prevedono. Tuttavia, la Corte stigmatizza che «la rigida applicazione anche ai minori dei limiti di pena inflitta e, rispettivamente, scontata, previsti per l'affidamento in prova al servizio sociale e per la semilibertà, comporta che il regime di detenzione in carcere non è differenziato rispetto a quello stabilito dagli adulti e che resta perciò compressa quell'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della persona del minore e la preminenze della funzione rieducativa richiedono», perché, «rispetto ai minori, è particolarmente pressante l'esigenza che il protrarsi della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

La Corte è tornata sulle problematiche inerenti alle misure alternative con la **sentenza n. 109 del 1997**, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 67 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che esclude l'affidamento in prova al servizio sociale e l'ammissione alla semilibertà per i condannati la cui pena detentiva derivi da conversione di pena sostitutiva, nella parte in cui si applicava ai condannati minori di età al momento della condanna. La motivazione pone l'accento sul «peculiare interesse-dovere dello Stato al ricupero del minore, cui è addirittura subordinata la realizzazione o meno della pretesa punitiva», recupero che «caratterizza tutti i momenti e le fasi attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica nei confronti dei minori e, in particolare, connota il trattamento del minore anche nella fase esecutiva, così che il ricorso all'istituzione carceraria deve essere considerato, per i minori, come ultima ratio».

Conseguentemente, «l'assoluta parificazione tra adulti e minori proprio nel campo delle misure alternative alla detenzione non è, indubbiamente, in armonia con i principi che debbono reggere questa materia, risultandone compressa l'esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento del condannato minorenne».

In questa stessa prospettiva va inquadrata la **sentenza n. 436 del 1999**, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-quater, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui applica ai minori la regola secondo la quale al detenuto cui sia stata revocata una misura alternativa non possono essere concessi, per un periodo di tre anni dalla emissione del provvedimento di revoca, l'assegnazione al lavoro all'estero, i permessi premio, l'affidamento in prova "ordinario", la detenzione domiciliare, la semilibertà. Argomenta la Corte che «un divieto generalizzato e automatico, di durata triennale, di concessione di tutti i benefici penitenziari elencati, in conseguenza della revoca di una qualunque delle misure alternative [...] contrasta con il criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude siffatti rigidi automatismi, e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata e caso per caso, in presenza delle condizioni generali costituenti i presupposti per l'applicazione della misura, della idoneità di questa a conseguire le preminenti finalità di risocializzazione che debbono presiedere all'esecuzione penale minorile».

Alla necessità di evitare rigidi automatismi la Corte si richiama con frequenza, poiché le preclusioni automatiche di misure alternative alla detenzione, di misure premiali etc. impediscono «quelle valutazioni flessibili ed individualizzate sulla idoneità ed opportunità delle misure o dei benefici medesimi, che sono invece necessarie perché l'esecuzione della pena e in genere la disciplina delle restrizioni alla libertà personale siano conformi alle esigenze costituzionali di protezione della personalità del minore» (**sentenza n. 450 del 1998**).

Questo principio era già stato affermato nella **sentenza n. 403 del 1997**, con cui è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 30-ter, comma 5, della legge n. 354 del 1975 nella parte in cui riferisce ai minorenni il divieto di concessione di permessi premio nei due anni che fanno seguito a una condanna o ad una imputazione per un nuovo delitto doloso commesso durante l'esecuzione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale. La Corte sottolinea una

serie di elementi estremamente vincolanti: «il rigido automatismo dell'esclusione [...]; la durata indifferenziata dell'esclusione, tale da comportare in effetti, nella più parte dei casi [...] l'impossibilità di concedere permessi premio lungo l'intero arco dell'esecuzione della pena; la conseguente impossibilità di utilizzare nei riguardi del condannato minore uno strumento [...] spesso insostituibile per evitare che la detenzione impedisca del tutto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro [...] e dunque impedisca di perseguire efficacemente quel progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa, assolutamente preminente nell'esecuzione penale minorile» e conclude che: «tutto ciò conduce a ritenere irrimediabilmente compromesse, dalla norma in questione in quanto applicata indifferenziatamente ai minori, le specifiche esigenze costituzionali che debbono informare il diritto penale minorile».

A tale pronuncia ha fatto seguito la **sentenza n. 450 del 1998** già ricordata, che, nell'affermare l'incostituzionalità dell'art. 30-ter, comma 4, lettera c), della precitata legge nella parte in cui applica ai minorenni la regola secondo cui è preclusa la concessione di permessi premio ai condannati per i delitti previsti dall'art. 4-bis dello stesso ordinamento penitenziario prima che abbiano scontato almeno la metà della pena, con un massimo di dieci anni, conferma, ancora una volta, come «la rigida preclusione alla concessione di permessi premio [...] dettata dal legislatore in modo indiscriminato, senza riguardo, ancora una volta, alle specifiche esigenze, costituzionalmente imposte, dell'esecuzione minorile», venga «a contrastare con tali esigenze, risolvendosi in un automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili ed individualizzate, in ordine all'impiego di un istituto [...] strumento essenziale per perseguire efficacemente il progressivo reinserimento della persona detenuta nella società».

Sulla stessa linea interpretativa si colloca la **sentenza n. 16 del 1998**, in cui è stata affrontata la questione di costituzionalità dell'art. 59 della legge n. 689 del 1981, dichiarato illegittimo nella parte in cui non esclude che le condizioni soggettive in esso previste per l'applicazione delle sanzioni sostitutive si estendano agli imputati minorenni: «il contrasto riguarda l'art. 31 della Costituzione, nel suo collegamento con l'art. 27, terzo comma, non potendo ritenersi osservante del principio della protezione della gioventù un regime che collide con la funzione rieducativa della pena irrogata al minore facendo operare in sede di cognizione il rigido automatismo che è insito nella previsione della norma denunciata, la quale preclude ogni valutazione del caso concreto, tanto da impedire [...] la realizzazione della specifica funzione rieducativa perseguita dalle sanzioni sostitutive, desumibile anche dalle condizioni e dagli scopi che ne consentono l'accesso. Primi fra tutti la personalità e le esigenze di lavoro o di studio del minorenne nonché le sue condizioni familiari, sociali e ambientali».

#### *6.5.8. Le ulteriori interazioni tra finalità rieducativa ed altri parametri costituzionali*

In chiusura, può essere altresì utile segnalare come – nel contesto delle questioni di costituzionalità sollevate con riferimento alla disciplina dell'esecuzione della pena - si registrino frequentemente interazioni tra la garanzia sottesa alla finalità rieducativa della pena e ulteriori (violazioni di) diritti e libertà fondamentali dei detenuti, la cui compressione, in effetti, viene spesso prospettata non solo autonomamente ma anche come ulteriore e pur indiretto pregiudizio per il progetto di risocializzazione del reo: questo presuppone – del resto – una detenzione conforme ai diritti fondamentali ed alla dignità, ed una pena che non si trasformi in un trattamento inumano o degradante.

Di tale possibile interazione può registrarsi un esempio nella **sentenza n. 301 del 2012**, ove il rimettente lamentava l'illegittimità costituzionale - con riferimento agli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 27, terzo comma, 29, 31, 32, primo e secondo comma, Cost. - dell'art. 18, secondo comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle

misure privative della libertà), nella parte in cui prevede il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui dei detenuti e degli internati, impedendo così a questi ultimi di avere rapporti affettivi intimi, anche sessuali, con il coniuge o con la persona ad essi legata da uno stabile rapporto di convivenza: Tale questione è stata dichiarata inammissibile sia in ragione del difetto di motivazione in ordine alla rilevanza, sia – per quanto qui maggiormente interessa – in ragione del fatto che l'intervento meramente ablativo della previsione del controllo visivo richiesto di sarebbe rivelato, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo, posto che tale controllo, da un lato, è preordinato a finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e che, dall'altro, la sua eliminazione non garantirebbe l'esercizio del diritto in rilievo, senza una disciplina che stabilisca termini e modalità di un tale esercizio: disciplina che la Corte ha ravvisato – conformemente al proprio consolidato orientamento – di esclusiva spettanza del legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità (anche a fronte della ineludibile necessità di bilanciare il diritto evocato con esigenze contrapposte, in particolare con quelle legate all'ordine e alla sicurezza nelle carceri e, *amplius*, all'ordine e alla sicurezza pubblica).