

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Dipartimento di Scienze Giuridiche Cesare Beccaria

Dottorato di Ricerca in

Diritto Penale Italiano, Comparato e Internazionale

XXIII Ciclo

**LA COMMINATORIA EDITTALE DI PENA
TRA PRINCIPI COSTITUZIONALI,
DIRITTO E PROCESSO PENALE**

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Francesco VIGANO'

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Grazia MANNOZZI

Tesi di dottorato di

Marco PANZARASA

Matr. 

Anno Accademico 2009-2010

LA COMMINATORIA EDITTALE DI PENA TRA PRINCIPI COSTITUZIONALI, DIRITTO E PROCESSO PENALE

| | |
|---|----|
| Introduzione..... | 4 |
| 1. La comminatoria edittale di pena: considerazioni generali..... | 9 |
| 1.1.1 La genesi della comminatoria legale di pena tra ideologie, mass-media e processo penale..... | 9 |
| 1.1.2 Un'importante precisazione preliminare: la diversa funzione del minimo e del massimo edittale..... | 12 |
| 2. L'evoluzione storica della comminatoria edittale: la scelta del codice Rocco tra autoritarismo politico e tecnicismo giuridico..... | 15 |
| 2.1 L'affermazione della centralità della comminatoria di pena..... | 15 |
| 2.2 I caratteri della comminatoria legale nel codice Rocco..... | 20 |
| 3. Gli interventi di riforma immediatamente successivi alla caduta del fascismo e l'avvento della Carta costituzionale..... | 23 |
| 3.1 Le modifiche normative pre-costituzionali..... | 23 |
| 3.2 L'avvento della Costituzione repubblicana..... | 25 |
| 4. L'evoluzione delle comminatorie edittali nel cinquantennio successivo all'entrata in vigore della Costituzione: cronaca di un'abolizione <i>di fatto</i> | 29 |

| | |
|--|------------|
| <i>SEZIONE I: Il progressivo svuotamento delle cornici edittali da parte del legislatore ordinario.....</i> | <i>29</i> |
| 4.1.1 Gli interventi in materia di diritto penale sostanziale..... | 33 |
| 4.1.2 L'introduzione del nuovo ordinamento penitenziario..... | 39 |
| 4.1.3 L'emanazione del nuovo codice di procedura penale: i riti speciali..... | 43 |
| 4.1.3.1 <i>Premessa.....</i> | <i>43</i> |
| 4.1.3.2 <i>L'impatto del patteggiamento sulle comminatorie edittali.....</i> | <i>44</i> |
| 4.1.3.3 <i>Il rito "dimenticato": comminatorie e giudizio abbreviato.....</i> | <i>51</i> |
| 4.1.4 Uno sguardo complessivo sugli effetti degli interventi legislativi: il delitto di omicidio dal 1930 ad oggi..... | 60 |
| | |
| <i>SEZIONE II: I tentativi delle Corti costituzionale di armonizzare le comminatorie di pena al quadro di legalità costituzionale.....</i> | <i>63</i> |
| 4.2.1 Il principio di uguaglianza/ragionevolezza: analisi delle varie fasi di evoluzione della giurisprudenza costituzionale..... | 63 |
| 4.2.1.1 <i>Prima fase: la cornice edittale di pena come "zona franca".....</i> | <i>67</i> |
| 4.2.1.2 <i>Seconda fase: la sent. n. 26 del 1979.....</i> | <i>78</i> |
| 4.2.1.3 <i>Terza fase: la sentenza n. 364 del 2006.....</i> | <i>85</i> |
| 4.2.1.4 <i>Lo stato attuale del sindacato costituzionale di ragionevolezza...88</i> | <i>88</i> |
| 4.2.2 Il principio di legalità: il divieto di cornici edittali troppo ampie..... | 90 |
| 4.2.2.1 <i>L'affermazione del principio di legalità della pena.....</i> | <i>90</i> |
| 4.2.2.2 <i>(segue): e la sua sconfessione in concreto.....</i> | <i>98</i> |
| 4.2.3 Il principio di colpevolezza..... | 102 |
| 4.2.3.1 <i>Il principio di colpevolezza come limite alla pena edittale.....</i> | <i>102</i> |
| 4.2.3.2 <i>(segue): e le conseguenti (ma superabili) difficoltà operative....</i> | <i>105</i> |
| 4.2.4 Il principio rieducativo..... | 107 |
| 4.2.4.1 <i>La finalità rieducativa nella giurisprudenza della Corte.....</i> | <i>111</i> |
| 4.2.4.2 <i>Gli orizzonti schiusi dalla sent. n. 341 del 1994.....</i> | <i>114</i> |

| | |
|---|-----|
| 5. I delitti contro la libertà personale e sessuale come banco di prova delle problematiche in materia di comminatorie edittali di pena..... | 121 |
| 5.1 Il sequestro di persona dopo la l. 94/2009..... | 122 |
| 5.1.1 <i>Note sulla nozione di libertà personale</i> | 122 |
| 5.1.2 <i>L'attuale quadro edittale dell'art. 605 c.p.</i> | 131 |
| 5.2 Le ulteriori figure di limitazione abusiva della libertà..... | 135 |
| 5.2.1 <i>Arresto illegale (art. 606 c.p.)</i> | 135 |
| 5.2.2 <i>Indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.)</i> | 141 |
| 5.2.3 <i>Abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.)</i> | 142 |
| 5.2.4 <i>Perquisizioni e ispezioni arbitrarie (art. 609 c.p.)</i> | 145 |
| 5.3 Il sequestro di persona a scopo estorsivo..... | 146 |
| 5.3.1 <i>La ricostruzione del quadro edittale</i> | 146 |
| 5.3.2 <i>Le tensioni con i principi costituzionali</i> | 149 |
| 5.4 L'attenuante dei casi di “minore gravità” nella violenza sessuale..... | 157 |
| | |
| 6. Il <i>neuer Kurs</i> del legislatore: l'era dei pacchetti sicurezza e i tentativi di reazione all'eccessiva discrezionalità sanzionatoria del giudice..... | 164 |
| 6.1 La riforma delle sanzioni edittali di furto del 2001..... | 167 |
| 6.2 L'incisione sui processi motivazionali del giudice..... | 174 |
| 6.3 Gli analoghi interventi in materia processuale e penitenziaria..... | 180 |
| 6.4 Un bilancio (poco rassicurante) delle riforme degli ultimi anni..... | 189 |
| | |
| 7. Conclusioni: la rifondazione della comminatoria edittale quale presupposto ineludibile di un nuovo sistema sanzionatorio..... | 189 |
| 7.1 Sintesi dell'indagine svolta e dei risultati ottenuti..... | 191 |
| 7.2 <i>Note de jure condendo</i> : la previsione di fasce edittali di gravità...192 | |
| | |
| Riferimenti bibliografici..... | 206 |

INTRODUZIONE

L'autore di un celebre lavoro pubblicato nell'ormai lontano 1989¹, prima di esporre alcune lucidissime considerazioni in tema di comminatorie edittali di pena, è costretto a rilevare come esse rappresentino per la dottrina italiana un tema del tutto privo di interesse scientifico e di ricerca; a fronte di un'enorme messe di contributi dottrinali – che prendono avvio soprattutto da una fondamentale opera monografica del 1979² – concernenti la problematica relativa alla *commisurazione della pena*, si nota infatti la pressoché totale assenza, a livello scientifico, di tematizzazione dei vari problemi concettuali ed operativi che caratterizzano la cornice edittale della pena dalla sua genesi ai fattori normativi e giurisprudenziali che ne condizionano in concreto l'esecuzione.

Di per sé, lo scarso interesse mostrato dagli osservatori professionali dell'ordinamento giuridico verso la comminatoria legale di pena potrebbe anche significare che, in realtà, si tratta di un tema non caratterizzato da particolari problemi di carattere teorico o applicativo, e che non vi sia, dunque, necessità alcuna di procedere ad un suo studio analitico; la comminatoria astratta, detto altrimenti, potrebbe rappresentare un puro “dato di fatto” – non modificabile, né, a differenza del precetto, interpretabile – che il giudice assume quale base di avvio per le proprie determinazioni in punto quantificazione della pena.

Tuttavia, vi è una serie di ragioni – di cui si darà ampiamente conto nel corso dell'indagine – che induce a ritenere questo atteggiamento profondamente errato.

¹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, I ed., 1988, p. 396.

² DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova, 1979.

In primo luogo, la comminatoria edittale di pena è un elemento del sistema sanzionatorio che assume una valenza decisiva sotto una pluralità di profili: è, ad es., l'indice principale da cui si ricava la valutazione del legislatore circa la gravità del reato (favorendo quindi la prevenzione generale c.d. *positiva*), ad essa (ed in particolare al massimo edittale) è connesso un ruolo decisivo per l'assestamento delle esigenze di deterrenza (prevenzione generale c.d. *negativa*), senza poi dimenticare che dalla stessa dipende l'operatività di un'ampia serie di istituti giuridici. Si pensi, con riguardo al versante del diritto sostanziale, al tempo necessario a prescrivere, che oggi, a seguito della riforma operata nel 2005, è determinato in correlazione al massimo edittale³, ovvero all'amnistia e all'indulto, per i quali il legislatore è solito indicare i reati che vi sono ricompresi, facendo riferimento al massimo edittale⁴), ma si pensi, soprattutto, al versante processuale, rispetto al quale la comminatoria costituisce il principale ponte di collegamento (competenza per materia, applicazione delle misure cautelari personali, arresto in flagranza, fermo di indiziato di delitto).

Né è corretto affermare che la comminatoria edittale sia un dato di partenza che non può essere messo in discussione se non dal legislatore. Come dimostrerà l'analisi della giurisprudenza costituzionale, infatti, i limiti alle scelte edittali operate dal legislatore sono sempre più stringenti (ragionevolezza, legalità, colpevolezza, principio rieducativo, proporzione, etc.), e non sono più così rare – anche se, come vedremo, ancora insufficienti – le pronunce della Corte costituzionale che incidono sensibilmente su tali scelte anche, e si tratta di una novità dagli effetti potenzialmente dirompenti, *contra reum*.

³ Evidenzia i rischi connessi a tale scelta legislativa PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 507 ss.

⁴ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2009, p. 589.

Del pari, non sembra ragionevole riservare un'attenzione così elevata ai temi della commisurazione giudiziale, senza però tenere in debito conto quali sono i problemi e le criticità che affliggono il *background* normativo in cui la stessa commisurazione ha la propria genesi e dovrebbe incontrare il proprio limite; approfondendo un solo aspetto della fenomenologia della pena (la sua determinazione da parte del giudice), si rischia talora di non cogliere alcuni nodi essenziali della vicenda punitiva che, se non risolti, determinano un effetto–domino destinato a ripercuotersi fino alla sua concreta espiazione da parte del reo.

In definitiva, sembra che vi sia più di una ragione per interrompere il silenzio dottrinale su questa materia e per tentare – con tutti i limiti che può incontrare un'indagine su un terreno non sondato in precedenza o quanto meno in misura significativa – avviare un'analisi “a tutto campo” sulle comminatorie di pena che possa ricostruirne l'evoluzione, i caratteri, i problemi e – infine – prospettare una soluzione ragionevole agli stessi.

Peraltro, a questo proposito, conviene specificare ulteriormente quale sarà l'oggetto della presente indagine. Essa, infatti, non riguarderà la *pena pecuniaria* – perché la sua ontologica diversità dalla pena detentiva e le sue inesauribili questioni teoriche ed applicative meriterebbero una trattazione a parte⁵ – né riguarderà la pena dell'*arresto*, poiché avendo per legge limiti edittali particolarmente ridotti, essa non pone di fatto alcun problema di rilievo, e non è un caso che, in recenti progetti di legge, sia stata condivisibilmente ventilata la sua espulsione dal catalogo legale delle pene⁶. La necessità di un approfondimento delle comminatorie edittale, in altri termini, si pone in tutta la sua problematicità solo con riguardo alla pena della

⁵ Su tale tema cfr. la recente indagine di GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, *passim*.

⁶ Si tratta, più precisamente, del progetto Grosso. Cfr. la *Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale*, in GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, Padova, 2000.

reclusione per la sua predominanza sul sistema sanzionatorio vigente, la sua estensione a livello di limiti edittali (da quindici giorni a ventiquattro anni) e, soprattutto, per la sua effettiva incidenza sulla libertà personale.

Così chiarito l'oggetto dell'indagine ed il suo obiettivo, possiamo ora descriverne in sintesi la struttura.

Punto di avvio della stessa è una ricostruzione delle caratteristiche generali della comminatoria edittale ed una panoramica del ruolo che ad essa è stato originariamente affidato dal legislatore del 1930, la quale servirà per chiarire l'origine di alcuni problemi con cui ancora oggi l'interprete deve fare i conti. Il passo successivo sarà quello di individuare *l'evoluzione* che il significato della comminatoria edittale ha subito nel corso dei decenni successivi all'entrata in vigore del codice, ed in particolare dall'avvento della Carta costituzionale in poi. Ciò verrà effettuato, seguendo una duplice direttrice d'indagine: da un lato, si avrà riguardo a come i principi costituzionali rilevanti in materia di cornici edittali siano stati implementati dalla Corte costituzionale, mediante l'esame delle (numerose) pronunce emesse dall'inizio degli anni '70 ad oggi; dall'altro, e parallelamente, a come tali principi siano stati attuati (e se siano stati attuati) dal legislatore ordinario, prendendo in esame le modifiche più rilevanti che hanno avuto per oggetto o per effetto quello di conferire una nuova configurazione alla comminatoria edittale di pena. Il terzo passaggio sarà invece un'incursione nella parte speciale del codice che consisterà nell'analisi di uno specifico e delicato settore di tutela (la libertà personale e sessuale) condotta al lume delle modifiche occorse alle comminatorie edittali previste per i delitti che rientrano in questo settore, sì da verificare quali siano – in concreto – le ampie criticità che la sostanziale incuranza di questo tema da parte del legislatore (e della dottrina) determina. Il quarto e ultimo passaggio sarà invece dedicato, prima, ad una sintesi dell'indagine svolta ed una sistematizzazione dei risultati cui

essa ha condotto e, poi, all'individuazione dei possibili rimedi ai problemi che il futuro legislatore potrebbe adottare per porvi se non una soluzione definitiva, quanto meno una sensibile attenuazione, nell'auspicio di garantire il più possibile il valore della certezza del diritto.

1. LA COMMINATORIA EDITTALE DI PENA: CONSIDERAZIONI GENERALI

1.1 La genesi della comminatoria edittale tra ideologie, mass-media e processo penale

Senza dubbio, uno degli aspetti delle comminatorie edittali di pena che ancora oggi resta avvolto nel mistero più fitto è rappresentato dalla sua genesi; cosa spinge il legislatore a comminare una pena da cinque a dieci anni, e non già da tre a otto? Quali sono i criteri logico-giuridici che governano questa delicatissima fase della vicenda punitiva?

Va subito rilevato che, in realtà, una risposta a siffatto quesito nessuno è in grado di darla. Chiunque abbia tentato, e non sono molti in verità⁷, di ricavare una logica comune sottesa alle comminatorie legali di pena ha dovuto constatare come di tale logica non vi sia, in realtà, alcuna traccia. Il legislatore non segue alcun criterio di carattere sistematico al fine di introdurre nell'ordinamento dati edittali dotati di un più o meno elevato livello di coerenza intrasistematica e si orienta, nella strutturazione della comminatoria edittale, sulla base delle più disparate circostanze che vengono di volta in volta in rilievo in relazione al singolo settore di tutela. Proviamo ad operare una classificazione generale di quali potrebbero essere queste circostanze.

Un primo fattore di enorme (e preoccupante) rilevanza che può incidere significativamente sulla determinazione legale della pena è rappresentato dall'influenza esercitata sul legislatore dalla rappresentazione mediatica della

⁷ Cfr., sul punto, PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema delle cornici edittali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, pp. 438-439. Più di recente, PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova do un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, p. 947 ss.

criminalità⁸. Si pensi alle norme contro la violenza sessuale del 1996⁹ o alla riforma dei delitti di furto avvenuta con il c.d. pacchetto-sicurezza del 2001¹⁰; come si vedrà meglio anche nei capitoli a ciò dedicati, i lavori preparatori di tali riforme sono pieni di continui riferimenti alla specifica emergenza criminale in quel momento pressante (ma in realtà statisticamente insussistente), che hanno condizionato fortemente l'operato del legislatore, determinandolo ad un esasperato rigorismo edittale che investe non solo – come sembrerebbe ragionevole attendersi – sul massimo edittale, ma anche sul minimo problematicamente oggetto di significativi aumenti.

La previsione di trattamenti edittali particolarmente elevati può però derivare anche dal clima ideologico particolarmente acceso che dà origine alla legge. Sotto questo profilo, l'esempio più emblematico è senz'altro rappresentato dalla l. 40 del 2004 in materia di fecondazione assistita caratterizzata da un “*autentico furore punitivo*”¹¹. Basti ricordare che chi viola l'obbligo di trasferire contemporaneamente tutti gli embrioni prodotti, o congela embrioni, ovvero li sopprime, è punito con la *reclusione* fino a tre anni (nonché con la multa da 50.000 a 150.000 euro), mentre la sperimentazione su embrioni è punita con la reclusione da due a sei anni (oltre che con la multa da 50.000 a 150.000 euro), per arrivare poi alla draconiana previsione edittale della reclusione da dieci a vent'anni (si badi: il minimo edittale per questo delitto è pari al massimo edittale della violenza sessuale e del sequestro di persona aggravato) prevista per chi realizza interventi di clonazione; se si ha a mente il contesto politico-ideologico che aveva fatto da

⁸ Per un'ampia indagine sui rapporti tra sistema penale e mass-media cfr. AA. VV., *La televisione del crimine*, in FORTI – BERTOLINO (a cura di), Milano, 2005, *passim*. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, II, 2009, p. 193 ss.

⁹ Cfr., *infra*, par. 5.4.

¹⁰ Cfr., *infra*, par. 6.1

¹¹ DOLCINI, *Responsabilità del medico e reati in materia di procreazione assistita ambiguità e rigori della legge n. 40 del 2004*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 27 ss.

sfondo all'approvazione di questa legge¹², non è invero difficile intuire che sia proprio questa la ragione che è alla base di un apparato edittale così esasperatamente punitivo; o, quanto meno, è difficile negare che il dichiarato sfavore per le tecniche di PMA espresso dal legislatore con tale legge abbia avuto un ruolo decisivo in questo senso.

Ma non va comunque dimenticato che non necessariamente di tipo sostanziale sono le ragioni che possono essere alla base importanti riflessi sulle comminatorie edittali: si può citare, a questo proposito, la modifica della pena edittale prevista per il delitto di abuso d'ufficio, la quale è stata progressivamente ridotta fino alla misura attuale (da sei mesi a tre anni), e la cui *ratio essendi* deve essere fatta risalire – come ricordano autorevoli voci dottrinali – alla volontà del legislatore di allontanare, nell'ambito di un complessivo disegno volto a limitare l'intervento del giudice penale sull'operato delle pubbliche amministrazioni, “*lo spauracchio della custodia cautelare in carcere*”¹³; ciò significa che un elemento decisivo della fattispecie penale, cioè la pena legalmente prevista per essa, è stato modificato al solo fine assecondare un'istanza puramente processuale.

Gli esempi, sotto questo profilo, potrebbero continuare sostanzialmente all'infinito e non farebbero che confermare l'inconfutabile dato di fatto già ricordato: nell'ordinamento italiano le comminatorie edittali non costituiscono un sistema ordinato e tendenzialmente razionale, ma rappresentano più propriamente una “galassia” in cui ognuna di esse risponde ad esigenze le più eterogenee.

¹² DOLCINI, *Laicità, "sana laicità" e diritto penale la chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1017 ss.

¹³ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 2002, p. 240.

1.1.2 *Un'importante precisazione di fondo: la diversa funzione del minimo e del massimo edittale* – Prima di avviare l'indagine sullo sviluppo della comminatoria edittale, non sembra inutile operare ancora talune riflessioni di carattere generale con riguardo, più precisamente, ai due elementi costitutivi della comminatoria edittale, e cioè il minimo ed il massimo edittali.

Innanzitutto, così come non esiste alcuna coerenza sistematica tra le varie comminatorie edittali tra di loro, tale coerenza manca integralmente anche all'interno delle stesse comminatorie edittali, nel senso anche la determinazione della distanza tra il minimo ed il massimo edittale non segue alcun criterio logico, al punto che esistono comminatorie edittali di pena estremamente rigide ed altre nella quali la distanza tra il minimo ed il massimo è di dieci o quindici anni.

Ma anche sotto il profilo teorico vi è più di un profilo d'incertezza, come ben evidenziato in alcuni contributi dottrinali¹⁴. In particolare, per quanto concerne il massimo edittale va rilevato come esso sia di gran lunga l'elemento della comminatoria edittale più rilevante, in quanto si tratta dell'elemento cui più spesso si fa riferimento allorquando si parla di comminatoria edittale di pena. Ciò deriva sia dalla circostanza di fatto che quando la legge penale sostanziale (prescrizione), il codice di rito (misure cautelari) o anche l'ordinamento penitenziario fanno riferimento alla cornice edittale, essi fanno riferimento in realtà al massimo edittale, mentre di rado si fa riferimento anche al minimo e quasi mai al *solo* a quest'ultimo, sia dalla considerazione che la prevenzione generale, dominante nella fase della

¹⁴ Non sono peraltro molti i contributi dottrinali in materia: si segnalano, in particolare, DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 275 ss.; cenni alla problematica in STILE, *Prospettive di riforme della commisurazione della pena*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, 1993, p. 326. Più di recente, TUMIELLO *Il volto del reo*, Milano, 2010, p. 221 ss.

comminazione legale della pena¹⁵, è perseguita non tanto attraverso la comminatoria edittale in sé, bensì attraverso il massimo edittale, che assurge così a strumento “naturale” di asseondamento – da parte del legislatore – delle esigenze di deterrenza.

Più controversa è, invece, la corretta determinazione dei profili funzionalistici del minimo edittale, poiché su tale punto non vi è unanimità di vedute in dottrina. Secondo un primo orientamento¹⁶, il minimo edittale avrebbe una funzione special-preventiva ed sarebbe quindi determinato avendo riguardo alla *persona*, al reo, e non già al fatto, mentre, secondo altra opinione¹⁷, il minimo edittale risentirebbe anche delle caratteristiche oggettive del fatto e del valore del bene giuridico tutelato; da ultimo, va segnalato un’ulteriore ed autorevole impostazione che vuole invece il minimo edittale concorrente con il massimo nell’assolvimento nel soddisfacimento di esigenze general-preventive¹⁸.

Volendo tentare una sintesi, è verosimile ritenere che le impostazioni qui ricordate colgano tutte nel segno, nel senso che, in linea generale, le esigenze che esse riconnettono al minimo edittale sono tutte destinate ad avere – ancorché non simultaneamente – un ruolo importante nella strutturazione della pena edittale. Più nello specifico, sembra ragionevole ipotizzare uno scambio dei ruoli, a livello funzionale, tra le varie esigenze cui si è fatto cenno. Più in particolare, per quanto riguarda il *massimo edittale*, le esigenze di prevenzione generale, di per sé, spingerebbero quest’ultimo verso l’alto potenzialmente senza limiti, ma vengono in concreto limitate sia dal valore del bene giuridico leso dal reato (che può non essere particolarmente elevato), sia

¹⁵ ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell’irrogazione e dell’esecuzione della pena*, in ROMANO – STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, p. 43 ss.

¹⁶ DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 275.

¹⁷ PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., p. 445-446.

¹⁸ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 147 il quale, peraltro, auspica l’abolizione dei minimi edittali.

dalla considerazione della preminenza assoluta che incontra, nel nostro sistema la tutela della libertà personale (anche se non è sempre stato così: ad es., in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione, è stato pretermesso ogni rapporto di proporzionalità tra fatto e pena e le esigenze di repressione dell'emergenza criminale hanno completamente dominato la fase della comminazione legale di pena). Al contrario, quando il legislatore deve determinare il *minimo edittale*, ecco che sono le esigenze di umanizzazione e proporzione della pena (che, per loro natura, spingono verso il basso la pena) a dover trovare un limite, e questo è risultato dei rapporti di forza tra tali ultime esigenze, e il valore del bene giuridico tutelato (si pensi al minimo di anni ventuno in tema di omicidio doloso), nonché la necessità di evitare l'efficacia general-preventiva che si era ricercata attraverso il massimo edittale venga poi azzerata in sede giudiziale (com'è avvenuto, ad es., con l'innalzamento del minimo edittale del delitto di furto, operato con la l. 128/2001, e della violazione di domicilio operata con il pacchetto sicurezza del 2009)¹⁹. Tutte le esigenze individuate in dottrina sono quindi presenti; a variare sono i relativi rapporti di forza che si atteggiano diversamente a seconda che si tratti del minimo o del massimo edittale.

¹⁹ Del resto, espellere del tutto dall'orizzonte teleologico il minimo edittale non sembra corretto: basti ricordare che la stretta sul sistema penale avvenuta negli Stati Uniti con la *reform sentencing* ha, visto tra i propri punti qualificanti, l'introduzione dei c.d. *mandatory minimum prison sentencing*, cioè una forte incisione sui minimi edittali. Sul punto, cfr. MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, Padova, 1996, p. 178 ss.

2. LA SCELTA ORIGINARIA DEL CODICE ROCCO TRA AUTORITARISMO POLITICO E TECNICISMO GIURIDICO

2.1 *L'affermazione della centralità della comminatoria edittale* –

Come noto, per via di una congerie di problematiche che non può essere qui ripercorsa²⁰, l'ordinamento penale italiano si fonda su un'opera di codificazione che, ad oggi, è riuscita al solo legislatore del 1930; ogni discorso sulla comminatoria edittale di pena, dunque, non può che partire da quanto è in essa previsto.

Sotto questo profilo, mentre, da un lato, appare evidente che non occorrono particolari sforzi argomentativi per comprendere l'asprezza delle comminatorie edittali di pena previste nel vigente codice penale²¹, lievemente più complesso appare invece, dall'altro lato, spiegare e indagare le origini profonde di questa marcata durezza dei livelli edittali di pena, al di là del dato, in sé noto e pacifico, della matrice autoritaria in cui il codice ha visto la luce. Tralasciando quest'ultimo profilo, e occupandoci quindi dell'eziologia delle asperità sanzionatorie che caratterizzano il codice penale su un piano più strettamente giuridico, possiamo osservare che esse siano riconducibili a due grandi ordini di ragioni che, stante la loro ontologica diversità, debbono essere esaminati separatamente.

Il primo ordine di ragioni che ha surrettiziamente condotto ad una marcata accentuazione dei profili sanzionatori del “nuovo” ordinamento penale affonda le proprie radici, paradossalmente, nel quadro della forte

²⁰ Per uno schizzo dei problemi che ostacolano una nuova codificazione VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, p. 10 ss.; MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 349 ss.

²¹ Le definisce “terroristiche” MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, p. 160. V. anche LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 128; GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2003, p. 36.

resistenza della cultura liberale e garantistica alla cancellazione violenta delle fondamenta illuministiche del diritto penale ottocentesco. È noto, infatti, che la lotta al diritto penale liberale, mentre trovò terreno fertile nella Germania nazista e negli esponenti, ad essa fedeli, della nota Scuola di Kiel²², non incontrò, invece, il favore della dottrina italiana; il codice del '30 infatti, pur con vistose deviazioni, è rimasto sostanzialmente ancorato ai principi del diritto penale liberale²³, e così rimase anche la dottrina maggioritaria del tempo²⁴.

Questo preciso dato storico segna un punto che, nell'ambito di questa indagine, riveste particolare importanza. La tenace resistenza opposta dalla dottrina italiana del tempo all'obliterazione dei principi basilari del diritto penale classico ha infatti impedito che il "volto autoritario" del regime politico allora al potere incidesse sulla filosofia liberale che ispirava la tradizione penalistica italiana²⁵, salvaguardando così il principio di legalità, di irretroattività ed il divieto di analogia che invece furono travolti dalla furia autoritaria della Germania nazista²⁶. Naturalmente, ciò non ha impedito (e non poteva impedire) che il marchio autoritario, comunque presente nei compilatori, facesse avvertire il proprio peso in una materia cruciale per uno Stato autoritario quale è la materia penale e, a fronte della tenace resistenza opposta da illustri studiosi alla cancellazione del nucleo essenziale del garantismo penale, a fare le spese dell'autoritarismo fu proprio il versante

²² Cfr., sul punto, MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni trenta*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, p. 929 ss.

²³ DOLCINI, *Codice penale*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 21 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 38.

²⁴ In particolare, come ricorda MARINUCCI, *Giuseppe Bettiol*, cit., p. 929 ss., Vassalli e Bettiol. L'orientamento che – sulle orme di quanto accadeva in Germania – proponeva una modifica dell'art. 1 c.p. in modo da consentire la punibilità di fatti non espressamente previsti come reati da una precisa disposizione di legge (notoria è, sul punto, la posizione espressa da MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 140 ss.) rimase infatti "non a caso isolato" (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. XXXIII).

²⁵ Sulla tesi della "continuità istituzionale" tra codice Zanardelli e codice Rocco cfr. FIANDACA, *Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 67 ss.

²⁶ MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss.

sanzionatorio dell'impianto codicistico, che diveniva così la valvola di sfogo per le aspirazioni illiberali del regime fascista.

Appurato ciò, possiamo ora esaminare il secondo ordine di ragioni che ha condotto all'affermarsi di così elevati livelli sanzionatori e, per tale via, all'attuale centralità della comminatoria edittale nel vigente sistema penale.

Sappiamo con certezza quale fosse lo *Zeitgeist* che animava i compilatori nella ferma ed irrinunciabile volontà di tutela dello Stato dalla criminalità. Il legislatore del '30, infatti, aveva ben chiaro quale doveva essere il *telos* della pena nella struttura del codice, e lo descriveva con parole che, per la loro chiarezza, vale la pena riprendere testualmente: *“Il diritto di punire non è però semplicemente un diritto di difesa sociale [...] contro il pericolo della recidiva del reo, bensì un diritto di difesa della società contro il pericolo di reati o di nuovi reati da parte di tutti e contro tutti [...]; difesa che si attua mediante la minaccia, l'applicazione e l'esecuzione della pena; che si esplica per via della prevenzione generale [...], per via della prevenzione speciale [...] e così per mezzo della intimidazione, dell'emenda e dell'eliminazione individuale dei reati”*²⁷.

È quindi abbastanza agevole rilevare che i caratteri della pena come intesi dal legislatore fascista assumono una caratterizzazione palesemente afflittiva ed orientata ad una esasperata intimidazione generale. Non debbono infatti trarre in inganno i riferimenti alla *“prevenzione speciale”* o alla *“emenda”* del reo che riecheggiano nei lavori preparatori, poiché qualunque istanza di risocializzazione e recupero del reo-persona è spazzata via dagli stessi compilatori nel momento esatto in cui, respingendo le critiche, massimamente condensate e sistematizzate da Beccaria²⁸, essi stendono una

²⁷ Cfr. la *Relazione al Re*, n. 1, in MANGINI-GABRIELI-COSENTINO (a cura di), *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, 1930, p. XLIII-XLIV.

²⁸ BECCARIA, *Dei delitti delle pene*, ed. critica a cura di ARMANI G., Milano, 2003, p. 59 ss. Ma si vedano anche le splendide pagine di CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, vol. II, Roma, 1890, p. 24 ss.; per un quadro aggiornato della materia cfr. MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it.*

vera e propria apologia della pena capitale²⁹. Si legge infatti nei lavori preparatori che “*circa la pretesa barbarie della pena di morte, si potrebbe anzitutto rispondere che quando la difesa dello Stato lo richiede, non vi è mezzo o provvedimento che possa scartarsi perché appaia crudele dal punto di vista individuale. In questa materia, non è il punto di vista individuale che deve prevalere, ma quello sociale”³⁰. La difesa dello Stato, dunque, non ha e non deve avere limiti etico-umanitari, con la inevitabile conseguenza che qualunque tipo di pena, se necessario, diventa legittimo.*

Alla luce di tali premesse, appare quindi chiaro che la pena di morte e la pena detentiva non potevano non assumere un ruolo assorbente nell'economia sanzionatoria dell'emanando codice³¹. Tuttavia, per giungere a comprendere il ruolo centrale delle comminatorie edittali di pena, occorre operare ancora alcune riflessioni.

Si deve in particolare rilevare che la prima conseguenza della spasmodica ricerca di elevati livelli di afflittività della risposta sanzionatoria è rappresentata dalla chiusura di qualunque seria prospettiva di valorizzazione della pena pecuniaria; essa, infatti, siccome priva dei caratteri di afflittività essenziali all'affermazione di uno Stato autoritario, viene relegata dal codice del '30 ai margini del sistema sanzionatorio, dove peraltro vi resterà per un lunghissimo periodo, e dove, forse, si trova ancora oggi³². Tuttavia, e

dir. pen. proc., 2009, p. 3 ss.; GOISIS, *La revisione dell'articolo 27, comma 4 della costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1655 ss.

²⁹ Vale peraltro la pena ricordare che, in realtà, la pena capitale non è una “novità” del codice Rocco, in quanto questa era stata introdotta nell'ordinamento penale con la l. 25 novembre 1926, n. 2008, limitatamente ai delitti inerenti la difesa dello Stato; il codice Rocco, in ragione della “*necessità di un maggior rigore*” (così la *Relazione al Re*, cit., p. 26), si limitò ad estenderla anche ai delitti di criminalità comune.

³⁰ Cfr. la *Relazione al Re*, n. 1, in MANGINI-GABRIELI-COSENTINO (a cura di), *Codice penale*, cit., p. XLIV.

³¹ ROMANO, *Sub pre-Art. 17*, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 2004, p. 194 ss.

³² GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008, *passim*. Cfr., soprattutto, la parte in cui (p. 123 ss) si constata la totale ineffettività della pena, anche sul versante della riscossione della stessa da parte dello Stato; la percentuale è tal punto bassa (il 2,4 per cento) che amaramente l'A. si trova a dover correggere l'affermazione di un'autorevole dottrina (DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in

contestualmente, a questa scarsa idoneità espansiva della pena pecuniaria fa da contraltare la speculare incapacità di occupare zone intermedie dell'area sanzionatoria che caratterizza la pena più grave tra le sanzioni previste, cioè la pena capitale. Quest'ultima, infatti, per la sua intrinseca atrocità ed efferatezza, non poteva che rimanere destinata a presidiare le più gravi forme di criminalità contro lo Stato e la persona, non essendo seriamente prospettabile, nemmeno in un contesto politico-istituzionale a vocazione autoritaria, una sua utilizzazione su larga scala. La conseguenza del congiunto operare di questi due fattori, cioè l'arretramento della pena pecuniaria e la necessaria limitatezza delle ipotesi in cui può farsi ricorso alla pena capitale, è una sorta di "vuoto sanzionatorio" che, per forza di cose, viene colmato con l'unico strumento sanzionatorio che residua, e cioè la pena detentiva, che diviene così centrale nell'impianto del codice Rocco.

A questo punto, il passo da compiere per giungere a comprendere le ragioni della centralità delle comminatorie legali è breve. Gli effetti delle spinte antagoniste poc'anzi non si esauriscono nella polarizzazione della risposta punitiva verso la pena detentiva, ma proseguono anche all'interno della stessa. La sanzione detentiva, infatti, è a sua volta scindibile in due tipologie essenziali, ovverosia, la pena fissa e la comminatoria edittale. Generalmente però, la pena fissa si sostanzia o nell'ergastolo o in una pena temporanea di durata particolarmente elevata (ad es., trent'anni), ma ciò fa sì che di tale tipologia non possa che farsi – per manifeste esigenze di proporzionalità – un uso essenzialmente parco. Pertanto, l'intera area sanzionatoria non coperta da pena capitale, pena detentiva fissa e pena pecuniaria nel nostro sistema sanzionatorio viene ad essere colmata proprio

DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II., Milano, 2006, p. 1098) secondo cui "*in Italia la pena pecuniaria non viene né eseguita né convertita*", trasformandola in "*le pene pecuniarie non sono mai convertite, ed eccezionalmente vengono eseguite*" (GOISIS, *Op. cit.*, p. 147).

dalla comminatoria edittale di pena, che diviene così il fulcro del sistema penale.

2.2 I caratteri della comminatoria legale nel codice Rocco – Sinteticamente ricostruito il percorso storico che ha condotto all'affermarsi della centralità della comminatoria edittale nel sistema penale, possiamo ora soffermarci sui suoi caratteri generali, come concepiti dal legislatore del 1930.

Con riguardo all'analisi di tipo storico, si deve rilevare che l'impronta autoritaria non ha mancato di far sentire la propria influenza sulle comminatorie di pena: rispetto al codice previgente, infatti, risultano aumentati sia il minimo della reclusione (che da tre passa a quindici giorni, mentre resta invariato il massimo, cioè ventiquattro anni), sia il minimo e il massimo della pena dell'arresto (che erano in precedenza da un giorno a due anni, e che ora è da cinque giorni a tre anni). Se si raffrontano poi le previsioni di parte speciale notiamo un generalizzato aumento delle comminatorie edittali³³; il furto aggravato, la rapina aggravata, l'estorsione aggravata, l'omicidio, per limitarci alle costanti criminologiche più significative, hanno visto tutte aumentare il precedente quadro edittale, talora anche in modo sensibile.

Non va poi dimenticato che alla particolare severità delle comminatorie di pena si accompagnava anche un certo livello di effettività della sanzione; lo scarto tra pena comminata e pena eseguita era cioè decisamente più ridotto³⁴. Naturalmente, non si dispone di dati statistici che possano suffragare questa ipotesi; tuttavia, essa può ragionevolmente essere sostenuta in base alle seguenti considerazioni.

³³ PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella «età della decodificazione»*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 90.

³⁴ DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2001, p. 33.

Nella sua versione originaria, infatti, il codice penale nell'ordine:

a) escludeva dal bilanciamento le circostanze c.d. "autonome" e quelle inerenti la persona del colpevole;

b) assumeva come regola il cumulo materiale delle pene, e non il cumulo giuridico;

c) consentiva l'accesso alla sospensione condizionale della pena una sola volta e per pene irrogate in misura non eccedente l'anno;

d) prevedeva una disciplina della recidiva assai rigida e vietava l'accesso all'istituto della liberazione condizionale non solo al condannato all'ergastolo, ma anche al condannato ad una pena non superiore agli anni cinque.

Sul versante processuale, poi, non erano previsti meccanismi di sconto della pena dipendenti dalle scelte in punto rito effettuate dall'imputato³⁵ e infine, sul versante penitenziario, i benefici concedibili al detenuto risultavano estremamente più limitati di oggi, in quanto non esistevano né le sanzioni sostitutive (introdotte dalla l. 689 del 1981), né quelle alternative (introdotte con la l. n. 354 del 1975). Le possibilità per la pena di "perdersi" nei meandri della commisurazione e dell'esecuzione, pertanto, erano decisamente inferiori a quelle attuali.

Ciò posto, possiamo quindi abbozzare alcune osservazioni conclusive sulle comminatorie edittali di pena come originariamente concepite dal legislatore del 1930. Queste ultime, in particolare, sono:

1) il *fulcro* del sistema sanzionatorio codicistico, poiché destinate a veicolare il *nuer Kurs* in tema di lotta alla criminalità;

³⁵ L'unico procedimento speciale che, vigente il codice di procedura penale abrogato, consentiva un'attenuazione di pena era il procedimento per decreto (TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, p. 717) il quale, però, aveva una portata limitatissima, e del tutto inadatta a scalfire il rigore delle pene edittali proprie del codice Rocco.

- 2) *caratterizzate da elevati livelli di afflittività*, in quanto permeate ideologia autoritaria;
- 3) tendenzialmente *effettive*, in quanto lo scarto tra pena comminata e pena scontata, stante l'assenza di meccanismi di attenuazione sanzionatoria operanti sul piano sostanziale, processuale e penitenziario, appare particolarmente ridotto.

3. GLI INTERVENTI DI RIFORMA IMMEDIATAMENTE SUCCESSIVI ALLA CADUTA DEL FASCISMO E L'AVVENTO DELLA CARTA COSTITUZIONALE

3.1 Le modifiche normative pre-costituzionali – Il quadro delle comminatorie e delle sanzioni consegnatoci dal legislatore del '30, pur di eccellente fattura sul piano tecnico-giuridico e dotato di un elevato grado di coerenza intrasistemica, non poteva però reggere al peso delle dirompenti novità legislative che si sono verificate nei decenni successivi.

Procedendo in ordine cronologico, la prima di tali novità che merita di essere citata, pur essendo antecedente all'avvento del regime costituzionale, è il d. lgs. lgt. 10 agosto 1944, n. 224 e, in particolare, l'art. 1 di tale provvedimento il quale, come noto, ha previsto l'abrogazione della pena di morte “*per i delitti previsti nel codice penale*”; una scelta che il legislatore abbandonò solo momentaneamente nel 1945³⁶, per poi adottarla definitivamente con l'introduzione dell'art. 27, c. 4, Cost. Su questo punto, occorre peraltro sviluppare alcune osservazioni.

L'abrogazione della pena di morte, in nome del “*sovraconstituzionale principio materiale di umanità*”³⁷, è stata senza dubbio un'operazione legittima e doverosa; la sua espulsione dall'orizzonte legale delle pene non può quindi che accogliersi con energico favore. Tuttavia, vale la pena evidenziare come le modalità, forse sbrigative, con le quali tale operazione è stata condotta possono sollevare perplessità³⁸. In linea generale, infatti, la scelta del legislatore del '30 di prevedere una certa pena in luogo di un'altra è stata specificamente ponderata in ragione della singola figura di reato di cui si trattava di determinare il profilo sanzionatorio; l'opzione per la pena capitale

³⁶ RONCO – BERARDI, *Le pene principali*, in RONCO (a cura di), *Persone e sanzioni*, 2006, p. 282.

³⁷ ROMANO, *Sub art. 21*, in *Commentario sistematico*, cit., p. 224.

³⁸ SERIANNI, *Omicidio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, 1980.

esprimeva cioè una precisa scelta di valore. Allorquando si è dato seguito alla legge abolitrice della pena capitale, però, ciò non si è verificato. Infatti, mentre la scelta differenziatrice era stata ponderata dal legislatore storico e modulata sui caratteri dell'illecito cui accedeva, la scelta abolizionista è stata invece compiuta, per così dire, “con un tratto di penna”, e cioè senza una controscelta politico criminale di segno opposto, opportunamente calibrata rispetto alla singola figura di reato ed al disvalore da questa espresso. Si pensi, ad esempio, a quanto è accaduto con riferimento alle pene previste per il delitto di omicidio; per talune ipotesi aggravate (art. 576 c.p.) era originariamente prevista la pena di morte, mentre per altre (art. 577 c.p.) la pena dell'ergastolo e ciò, all'evidenza, perché il legislatore aveva ritenuto che le prime, per le loro caratteristiche oggettive, meritassero una sanzione più grave delle seconde. A seguito dell'abolizione della pena capitale, però, tutte le circostanze sopra indicate sono indistintamente punite con la sola pena dell'ergastolo, senza più alcuna distinzione, il che pone seri interrogativi sulla legittimità costituzionale di tali pene sotto il profilo della proporzionalità e della ragionevolezza³⁹.

Non può poi omettersi di segnalare una tra le più importanti novità normative pre-costituzionali che costituisce il primo esempio di quella caratteristica della legislazione in tema della sanzione penale che, come vedremo, ancora oggi contraddistingue i tentativi di correzione del livello delle comminatorie edittali proprie del codice vigente: svuotarne il contenuto, lasciandole però formalmente intatte. Il riferimento è al d.l. lgt. 14 settembre 1944, n. 288 che, sulla scorta di quanto prevedeva il codice del 1889, ha introdotto le c.d. “circostanze attenuanti generiche”⁴⁰, disciplinate all'art. 62-*bis* c.p.

³⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2008, p. 13.

⁴⁰ Le definisce “una sorta di vera e propria rivoluzione” MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2000, p. 660.

I caratteri di questo elemento accidentale del reato sono noti: importa una riduzione di pena fino a un terzo, è applicabile a qualunque reato ed è indeterminata nei contenuti, in quanto l'evento costitutivo dell'attenuante può identificarsi con qualunque condizione oggettiva o soggettiva che, in relazione alle circostanze del caso concreto, faccia apparire l'agente meritevole di un'attenuazione di pena⁴¹. L'introduzione delle circostanze attenuanti generiche si segnala in quanto rappresenta la prima (ma relevantissima) spia della tendenza del legislatore al progressivo svuotamento della comminatoria edittale di pena. Le attenuanti "generiche", infatti, proprio in ragione dell'atipicità e della latitudine che le connotano, accedono a qualunque tipologia di delitto, ed è sufficiente un qualunque elemento presente nel caso concreto per ridurre a vent'anni una pena che, nella sua previsione legale, è di trenta. Su queste problematiche torneremo ampiamente in seguito, specie alla luce degli interventi più recenti del legislatore che, come noto, hanno avuto di mira anche la disciplina delle circostanze attenuanti generiche⁴².

3.2 L'avvento della Costituzione repubblicana – Senza dubbio, però, il contributo decisivo che ha completamente capovolto la prospettiva teleologica da osservare in tema di pene è l'avvento della Costituzione repubblicana. Con riferimento alle pene, infatti, plurime e di primaria rilevanza sono le disposizioni costituzionali che impongono al legislatore di seguire una direttrice di politica criminale che è di fatto l'antitesi di quanto abbiamo fin qui descritto. In questa sede ci si limiterà ad una elencazione dei principi costituzionali più rilevante per ciò che rileva ai nostri fini; nel paragrafo

⁴¹ Con il limite, naturalmente, del divieto di *bis in idem*; sul punto, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2009, p. 474; *Contra*, ROMANO, *Sub art. 63*, in *Commentario sistematico*, cit., p. 693.

⁴² Per le modifiche che hanno attinto tale circostanza cfr., *infra*, par. 6.2.

successivo si affronterà il ben più complesso e delicato tema dell'implementazione di tali principi da parte del legislatore e della Corte costituzionale.

In primo luogo, possiamo ricordare come la Costituzione si apra con il riconoscimento del principio fondamentale della inviolabilità della dignità umana (art. 2 Cost.) e cioè con un principio che, pur non espressamente concepito con specifico riferimento alla materia della pena, vede però in essa un terreno di elezione naturale, e obbliga il legislatore ad assumere – nel disciplinare il sistema delle pene, nonché i suoi singoli componenti – una prospettiva opposta a quella cara al legislatore fascista; indipendentemente dallo scopo che con l'arma della pena si persegue, infatti, *il diritto penale incontra un limite etico e giuridico, quello cioè della dignità umana e della persona come fine e mai come strumento, che non può essere valicato*. Questo principio, peraltro, si ritrova declinato, in termini espressamente penalistici, nei commi 3 e 4 dell'art. 27 Cost., laddove viene sancito il divieto di prevedere la pena di morte⁴³ e di strutturare le altre tipologie di pena facendole consistere in trattamenti “*contrari al senso di umanità*”, che sembra essere una risposta a quanto affermavano, meno di vent'anni prima, i compilatori del codice vigente, secondo i quali “*quando la difesa dello Stato lo richiede, non vi è mezzo o provvedimento che possa scartarsi perché appaia crudele dal punto di vista individuale. In questa materia, non è il punto di vista individuale che deve prevalere, ma quello sociale*”⁴⁴.

In secondo luogo, l'elevazione della libertà personale a principio cardine del sistema costituzionale, da cui discende che ogni sua limitazione

⁴³ Sul punto, si deve ricordare che il Parlamento, con la l. cost. 2 ottobre 2007, n. 1, ha eliminato con votazione unanime la seconda parte di tale disposizione in cui si derogava al divieto in oggetto con riferimento alle leggi penali militari di guerra. Per un'accurata ricostruzione della l. cost. testé citata, nel quadro di ampi riferimenti storici e comparatistici, cfr. GOISIS, *La revisione dell'articolo 27, comma 4 della costituzione*, cit., p. 1655 ss.

⁴⁴ Cfr., *supra*, nota 30.

non può che costituire una *extrema ratio* sia in una prospettiva di c.d. diritto penale minimo⁴⁵ sia in una prospettiva di ridimensionamento della pena detentiva⁴⁶, impatta in modo frontale con l'exasperazione punitiva propria del codice Rocco, e con il confino cui ha condannato altre tipologie di pene, prima fra tutte, quella pecuniaria.

In terzo luogo, i Costituenti hanno voluto estendere alla pena anche la garanzia fondamentale della riserva di legge, costituzionalizzando anche per essa – ancorché non espressamente – il principio di legalità (art. 25, c. 2, Cost.)⁴⁷.

In quarto luogo, la Costituzione prende espressamente posizione sui fini della pena, chiarendo all'art. 27 comma 3 che, oltre a non poter essere né inumana né degradante, essa deve “*tendere*” alla rieducazione del condannato, con la conseguente incostituzionalità di quelle previsioni sanzionatorie che si collocano – già a livello edittale⁴⁸ – al di fuori di una ragionevole prospettiva di proporzionalità tra fatto e pena e che, per tale ragione, offuscano *ab origine* ogni disponibilità psichica del reo ad introiettare il dovere di rispetto per i valori giuridici lesi dal reato.

Esiste poi un ulteriore vincolo costituzionale che, quantunque di natura non strettamente penalistica, assurge a criterio guida dell'attività del legislatore in qualunque settore del diritto non meno che in quello penale, ovvero, il principio di uguaglianza/ragionevolezza (art. 3 Cost.). Mediante tale principio, la Corte può spingersi (vedremo in quale misura e con quali limiti) fino a sindacare le scelte sanzionatorie operate dal legislatore, tutelando

⁴⁵ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 80 ss.

⁴⁶ Imprescindibile il richiamo a BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 18 ss. Più di recente, cfr. GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3581 ss.

⁴⁷ Sulla costituzionalizzazione del principio di legalità della pena cfr. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, II ed., 1982, p. 54; DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338.

⁴⁸ Il punto sarà oggetto di specifico approfondimento al par. 4.2.4 in cui si tratterà dello specifico tema della rilevanza del principio rieducativo a livello di comminatoria legale di pena.

l'individuo da opzioni punitive del tutto sproporzionate o, al contrario, illegittimamente accondiscendenti verso talune classi di rei o di reati.

Chiarito sinteticamente il quadro di legalità costituzionale entro il quale deve collocarsi la pena, va ora approfondito il tema senz'altro più spinoso rappresentato dalla descrizione della misura in cui legislatore e Corte costituzionale abbiano inteso la portata di questi principi, come li abbiano in concreto resi operativi e con quali ripercussioni sul sistema delle comminatorie edittali di pena.

4. L'EVOLUZIONE DELLE COMMINATORIE EDITTALI NEL CINQUANTENNIO SUCCESSIVO ALL'ENTRATA IN VIGORE DELLA CARTA COSTITUZIONALE: CRONACA DI UNA ABOLIZIONE DI FATTO

SEZIONE I: IL PROGRESSIVO SVUOTAMENTO DELLE CORNICI EDITTALI DI PENA DA PARTE DEL LEGISLATORE ORDINARIO

Dal punto di vista dei principi costituzionali, risulta senz'altro corretta la previsione secondo la quale gli esasperati rigorismi sanzionatori del codice Rocco “*sembravano destinati ad essere spazzati via dallo Stato repubblicano*”⁴⁹ anche in ragione del fatto che, come vedremo, in larga misura ciò è effettivamente avvenuto, sia mediante importanti iniziative di riforma operate dal legislatore, sia mediante interventi manipolativi realizzati, talora coraggiosamente, dalla Corte costituzionale; tuttavia, pare altrettanto corretto affermare che non si è affatto trattato di un'evoluzione indolore.

La totalità delle riforme indotte dalle dure scelte sanzionatorie operate dal legislatore fascista, infatti, è in radice viziata da una sorta di paradosso: si è infatti dato fondo ad ogni possibile modifica sostanziale, processuale e penitenziaria che consentisse il giusto affievolimento delle comminatorie legali di pena tranne una, e cioè riformarle. Naturalmente, questa situazione è un riflesso di quella più generale omessa assunzione di responsabilità del legislatore che è la mancata promulgazione di un nuovo codice penale⁵⁰,

⁴⁹ DOLCINI, *Il castigo sia moderato*, cit., p. 34.

⁵⁰ Per un'accurata analisi delle perduranti esigenze di una nuova codificazione VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, p. 10 ss.; MARINUCCI, *Problemi della riforma*, cit., p. 349 ss. Parlano di “*vivissima esigenza di un corpo normativo coerente*” MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 25.

l'unica sede in cui è possibile progettare una seria riforma anche del sistema sanzionatorio conseguente al rinnovato impianto codicistico⁵¹. Questa strada, però, per ragioni che qui non possono essere trattate⁵², non è mai stata percorsa, ed il risultato del disorganico incedere di interventi legislativi e manipolazioni giurisprudenziali, è un sistema incoerente ed inefficace, convincentemente definito “*una tigre di carta*” che “*mostra un volto in apparenza feroce, ma che nei fatti funziona come le proverbiali grida di manzoniana memoria*”⁵³; un sistema quasi kafkiano in cui è finanche possibile, come vedremo a breve⁵⁴, che un imputato di omicidio doloso si veda prima accordata dal pubblico ministero una pena pari ad anni cinque di reclusione e poi inflitto l'ergastolo.

A fil di logica, invero, al problema dell'eccessiva asprezza delle comminatorie edittali di pena potrebbe trovarsi soluzione in un duplice modo: una generalizzata rimodulazione costituzionalmente orientata delle stesse, che però richiede tempi non brevi, essendo una nuova codificazione penale l'unica sede in cui ciò può razionalmente avvenire, oppure il ricorso ad interventi settoriali mirati a sanare le “zone” sanzionatorie più esposte a critiche di incompatibilità con i valori costituzionali, in attesa di una riforma organica della materia.

Purtroppo, il legislatore italiano non ha intrapreso nessuna delle predette strade: non ha né soppiantato il codice penale del 1930, né approntato rimedi settoriali più o meno mirati per arginare gli effetti distorsivi più intollerabili, ma ha al contrario preferito seguire una sorta di “terza via”, con i

⁵¹ Parla invece una “*inversione*” nei rapporti tra riforma dei reati e riforma della sanzioni, auspicando che sia la prima a strutturarsi in base alle potenzialità effettive che può riservare la seconda, e non già viceversa, PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 510 ss.

⁵² Sul punto cfr. PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa, paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, p. 717 ss.

⁵³ DOLCINI, *Il castigo sia moderato*, cit., p. 31.

⁵⁴ Cfr., *infra*, par. 4.1.3.2.

guasti della quale, però, l'interprete è ancora oggi costretto a fare seriamente i conti.

Il legislatore, infatti, ha concatenato una serie di interventi legislativi che hanno bensì avuto l'effetto di ridurre il carico sanzionatorio delle comminatorie edittali, raggiungendo così l'obiettivo più urgente, lasciandole però nella stessa identica misura in cui erano state concepite dal legislatore del 1930. Comprendere le ragioni per le quali il legislatore ha inteso percorrere questa via, anziché altre, più semplici e ragionevoli, non invero difficile. È illuminante, sotto questo profilo, la vicenda relativa alle pene previste per i delitti di furto, in particolare ai draconiani aumenti di pena previsti dall'art. 625 c.p. nel caso in cui ricorrano le speciali circostanze aggravanti *ivi* minuziosamente disciplinate⁵⁵. La via più immediata per ricondurre a legittimità costituzionale tali sanzioni edittali sarebbe stata una riforma integrale delle pene previste per questi delitti in modo tale che – almeno con riferimento a questo settore – il problema dell'eccessiva durezza della risposta sanzionatoria sarebbe stato risolto, o quantomeno attenuato. È del tutto chiaro, però, che dal momento che il furto è uno dei reati che desta maggiore allarme sociale, ridurre le sanzioni previste per esso è un'operazione legislativa che non è certo destinata ad incrociare il consenso popolare e dunque, elettoralmente, essa rappresenta una via appare particolarmente accidentata da percorrere. Si è così preferito, con scarsa lungimiranza circa gli effetti devastanti sulla credibilità del sistema sanzionatorio nel medio-lungo periodo, optare per una erosione indiretta delle comminatorie edittali, assoggettando alla disciplina del bilanciamento anche le circostanze ad effetto speciale.

Tuttavia, l'aspetto più preoccupante di questo *modus procedendi* è che esso è in seguito divenuto una costante nella legislazione penale ed ha poi

⁵⁵ Le descrive come “*un'intricata e pletorica maglia di aggravanti*” MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2002, p. 77.

innescato quello che è stato correttamente definito come un “*patologico meccanismo di generalizzata fuga dalle pene detentive*”⁵⁶ che, secondo alcuni autori, può risolversi addirittura “*in una fuga dalla sanzione tout court*”⁵⁷. Le istituzioni parlamentari, infatti, forse preoccupate anche della necessità di non dare all'esterno l'immagine di un indebolimento dello Stato, specie in periodi caratterizzati da una forte instabilità politica, non hanno quasi mai proceduto ad un serio ripensamento delle comminatorie edittali, e nelle rare occasioni in cui ciò è stato fatto, paradossalmente, si è verificato un inasprimento delle stesse, anziché una loro mitigazione.

Detta linea di tendenza, l'astensione cioè dall'operare direttamente sulle comminatorie per ridurre il carico sanzionatorio, come già anticipato, si è manifestata fin da subito dopo la caduta del fascismo con l'introduzione, nell'emergenza dell'immediato dopoguerra, delle attenuanti generiche e con l'abolizione della pena di morte e si è poi mantenuta – fino a pochi anni orsono, ed in particolare fino all'adozione del c.d. pacchetto sicurezza del 2001 – in svariate altre leggi che hanno interessato il diritto sostanziale, il diritto processuale e, non da ultimo, anche l'ordinamento penitenziario. Naturalmente, le modalità attraverso le quali tali importanti interventi normativi hanno inciso sulle comminatorie di pena sono profondamente diverse tra di loro e, pertanto, di esse deve necessariamente darsi una lettura appositamente calibrata sul tipo di intervento preso in esame e sul settore in cui viene in rilievo; successivamente, verrà fornito un quadro unitario dell'analisi così svolta, di guisa da avere una prospettiva più generale sull'eziologia della situazione attuale.

Procedendo con ordine, si è inteso suddividere l'analisi dei provvedimenti legislativi proprio seguendo i tre settori fondamentali della

⁵⁶ MARINUCCI, *Riforma o collasso del controllo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1063.

⁵⁷ GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.

materia penale poc' anzi indicati, ordinati secondo la cronologia della relativa introduzione nell'ordinamento.

4.1.1 Gli interventi in materia di diritto penale sostanziale – Partendo quindi dal diritto sostanziale, il primo intervento di rilievo che merita di essere segnalato è la modifica dell'art. 176 c.p. in tema di liberazione condizionale⁵⁸. Dapprima, infatti, con la l. n. 1634 del 1962 a tale beneficio è stato ammesso anche il condannato all'ergastolo⁵⁹, dopo aver scontato almeno 28 anni di pena, poi ulteriormente ridotti a 26 ad opera della l. 663 del 1986, e si è così venuta a determinare il primo significativo distacco tra pena legale e pena reale, “*con buona pace della "perpetuità" della pena e della oziosa, ancorché chiassosa, crociata contro la presunta illimitata durata della stessa*”⁶⁰.

Ma la riforma che ha avuto l'impatto più radicale sul sistema del comminatorie edittali (*rectius*: sulla credibilità delle stesse), è stata quella che nel 1974 ha coinvolto ampi settori della parte generale, le cui conseguenze pesano ancora oggi sul sistema penale. Il riferimento, più precisamente, è al d.l. 11 aprile 1974, n. 99 conv. in l. 7 giugno 1974, n. 220 con il quale il legislatore ha modificato in senso favorevole per il reo:

- a) il bilanciamento delle circostanze del reato (artt. 6 e 7);
- b) il concorso formale di reati ed il reato continuato (art. 8);
- c) la disciplina della recidiva (artt. 9 e 10);
- d) i limiti di accesso alla sospensione condizionale (artt. da 11 a 13).

⁵⁸ Offre un'efficace ricostruzione dell'istituto in esame SCHIAVI, *La disciplina della liberazione condizionale tra istanze rieducative ed esigenze di difesa sociale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 669 ss. Sul punto, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 414.

⁵⁹ SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell' ergastolo : una contradictio in terminis ancora irrisolta. (in particolare, riflessioni sulla sentenza n. 161/97)*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1356 ss.

⁶⁰ ROMANO F., *La pena: sopravvivenza di una espressione priva del suo significato linguistico*, in *Giur. merito*, 1999, n. 2, p. 436.

Prima di ricostruire gli effetti provocati da questa riforma sul sistema delle previsioni edittali, non può non constatarsi come essa evidenzi, già sul piano della procedura cui si è fatto ricorso per la sua approvazione in sede parlamentare, un profilo critico: pur essendo forse la più importante riforma della parte generale del codice dal 1930 ad oggi, essa è stata attuata mediante decreto legge, con tutti i problemi e le critiche che ancora oggi solleva l'utilizzo della decretazione d'urgenza in materia penale⁶¹. Premessa questa nota critica, e venendo all'esame dei contenuti della riforma, è noto che essa ha sollevato una amplissima gamma di problematiche ed incertezze applicative⁶² che non possono essere qui esaminate per intero, anche in quanto non tutte strettamente attinenti alla tematica oggetto di indagine. Ciò su cui va concentrata l'attenzione, invece, è la *filosofia di fondo* della riforma, in quanto si tratta di uno dei fattori maggiormente responsabili della crisi del sistema penale moderno e che ha prodotto effetti non a caso definiti “*sconcertanti*” in dottrina⁶³.

Notoriamente⁶⁴, una tra le principali ragioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire sull'impianto del codice, ed in particolare sull'art. 69 c.p., era l'inusitata asprezza⁶⁵ delle pene previste per in tema di furto aggravato, fattispecie che, peraltro, a causa della fitta costellazione di circostanze speciali che accedono alla figura base, di fatto ricorre nella quasi totalità dei casi⁶⁶.

⁶¹ Tra i maggiori critici di questa prassi, legittimata dalla dottrina maggioritaria e mai apertamente sconfessata dalla Corte costituzionale, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, p. 41-43.

⁶² Per un'ampia analisi della riforma cfr. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, *passim*.

⁶³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 414.

⁶⁴ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 2007, p. 49.

⁶⁵ Sulla dubbia costituzionalità di queste previsioni sanzionatorie v. SPATOLISANO, “*Ragionevolezza costituzionale della pena per il furto*”, in *Quale giustizia*, 1979, p. 116 ss. Va comunque ricordato che la Corte costituzionale, con la sent. n. 22 del 1971, ha escluso qualunque profilo di illegittimità costituzionale.

⁶⁶ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, cit., p. 77 che, a proposito delle aggravanti previste in tema di furto, così si esprime: “*un'intricata e pletorica maglia di aggravanti*”

Orbene, se il problema che si poneva concerneva l'eccessiva durezza delle pene previste per i delitti di furto, la soluzione più logica da seguire, come si è già detto, sarebbe stata una rimodulazione a tutto campo delle stesse che mirasse ad una loro riconduzione entro limiti edittali accettabili e conformi al rinnovato spirito personalistico proprio del tessuto costituzionale⁶⁷. Questa via però, lo si è già sottolineato, presentava costi così elevati sul piano del consenso popolare da essere verosimilmente in grado di frenare qualunque maggioranza parlamentare che volesse muoversi in questo senso. Per tali motivi, una volta constatato che il fattore decisivo che faceva slittare verso l'alto le pene del furto fosse non la pena base, ma l'aumento di essa indotto dalle (numerose) circostanze aggravanti previste dall'art. 625, c. 1 e 2, c.p., il legislatore operato sul piano del giudizio di bilanciamento tra circostanze del reato, estendendone l'ambito oggettivo di operatività fino a ricomprendervi le circostanze ad effetto speciale, e così rendendo possibile la neutralizzazione degli inasprimenti di pena mediante la ritenuta prevalenza – o anche solo equivalenza – di una qualunque circostanza attenuante sulle contestate aggravanti.

L'impatto sulla credibilità delle comminatorie edittali di pena è stato particolarmente significativo, e le relative conseguenze sono tutt'oggi evidenti. Non ci si riferisce solo al fatto che si è così aumentata esponenzialmente la discrezionalità giudiziale⁶⁸, tema, quest'ultimo, che concerne solo incidentalmente l'oggetto del presente studio, ma soprattutto alla problematica inerente l'assoggettabilità alla disciplina del bilanciamento *ex art. 69 c.p.* anche dei c.d. delitti aggravati dall'evento. Come acutamente osservato fin da

[...] avvolge il furto [...] sì da renderne pressoché impossibile [...] la realizzazione nella forma semplice e da portare a massimi edittali di pena esorbitanti (superiori a quelli previsti per le lesioni dolose gravi o addirittura per l'omicidio colposo) ”.

⁶⁷ Sul punto, ancorché in una prospettiva non strettamente penalistica, RODOTÀ, *Nuove frontiere per il diritto di proprietà*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 135 ss.

⁶⁸ Parla espressamente di “*poteri immensi*” conferiti al giudice in grado di “*darci per la prima volta un «diritto libero», rimesso a scelte individuali del giudice*” VASSALLI, *Concorso di circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1975, p. 1.

subito in dottrina⁶⁹, la scelta di includere nel giudizio di comparazione le sole circostanze ad effetto comune era il riflesso di quel “*nitido ordine sistematico*”⁷⁰, di cui il legislatore del '30 era perfettamente consapevole⁷¹, che configurava una netta distinzione tra delitti aggravati dall'evento e circostanze aggravanti, per la decisiva ragione che mediante i primi il legislatore esprime un giudizio di valore *del tutto simile* a quello sotteso ad una singola fattispecie di reato⁷².

Violando apertamente questa ragionevole impostazione, il legislatore del 1974 ha finito – non è dato sapere con quale grado di consapevolezza – con l'incidere pesantemente sulle comminatorie edittali di pena, alterandone in profondità la coerenza sistematica e la credibilità che le caratterizzavano nell'ottica del legislatore del '30. Illuminante, sotto questo profilo, è l'esempio portato da Vassalli all'indomani dell'introduzione della riforma in esame relativo alla disparità di trattamento che, a seguito della riforma, si poteva verificare tra la pena prevista per il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dalla morte del soggetto passivo e quella relativa all'omicidio preterintenzionale: infatti, mentre nel primo caso l'evento morte (qualificato come elemento circostanziale) potrebbe essere attratto nel giudizio di comparazione delle circostanze, e dunque annullarsi a seguito di prevalenza o equivalenza di concorrenti circostanze attenuanti, ciò non potrebbe mai avvenire nel secondo caso in quanto la morte si configura qui come elemento costitutivo del fatto di reato. La conseguenza è che, mentre nel caso di cui all'art. 584 c.p. il reo – anche se la morte deriva da percosse o lesioni lievi – mai potrebbe sottrarsi al rigore sanzionatorio previsto per questa fattispecie,

⁶⁹ VASSALLI, *Concorso di circostanze*, cit., p. 1-10.

⁷⁰ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 466.

⁷¹ VASSALLI, *Concorso di circostanze*, cit., p. 9, il quale evidenzia come questa volontà sia esplicitata anche a livello di lavori preparatori.

⁷² In questo senso DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 303.

nell'altra ipotesi, proprio grazie alla possibile inclusione dell'evento aggravatore nel giudizio di bilanciamento, ciò potrebbe invece avvenire.

Ma i duri colpi inferti dalla novella del 1974 al sistema dei quadri edittali di pena vanno anche oltre la disciplina delle circostanze del reato. Mutano, infatti, i rapporti tra cumulo materiale e cumulo giuridico delle pene, in quanto mentre in base alle previsioni originarie del codice, il secondo era l'eccezione ed il primo la regola, il legislatore del '74 inverte i termini della relazione, così annullando il potenziale sanzionatorio di qualunque comminatoria edittale di pena che acceda ad una violazione diversa da quella ritenuta più grave. Stessa sorte, cioè l'estinzione del potenziale sanzionatorio della pena comminata, se i reati (anche diversi tra loro), anziché con un'unica azione od omissione, sono commessi con più azioni od omissioni distinte sul piano fenomenico, ma avvinte da un unico disegno criminoso (art. 81, c. 2, c.p.); anche in questo caso, il c.d. reato satellite – indipendentemente dalla comminatoria edittale di pena, che può essere anche particolarmente elevata – viene in rilievo esclusivamente in funzione di un mero aumento della pena irrogata per il reato più grave.

Del pari, nell'ottica di una marginalizzazione della rilevanza da attribuirsi alla reiterazione del reato, viene completamente rivoluzionato l'istituto della recidiva⁷³. A seguito della riforma del 1974, infatti, l'ordinaria obbligatorietà degli aumenti di pena previsti per le diverse forme di recidiva (semplice, aggravata e reiterata) viene eliminata e si introduce l'opposto principio della *facoltatività* degli aumenti di pena. La portata di tale modifica, però, non può essere compresa a fondo, se non viene posta in correlazione con un'altra modifica, sempre introdotta dalla riforma del 1974, relativa all'art. 69

⁷³ Offre un'ampia ricostruzione anche storica dell'istituto, PUCETTI, *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in RONCO (a cura di), *Persone e sanzioni*, 2006, p. 161 ss. In un'ottica orientata al diritto giurisprudenziale PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, edito in www.penalecontemporaneo.it.

c.p. Il codice infatti, nella sua versione originaria, non solo prevedeva l'obbligatorietà della recidiva (solo temperata dalla possibilità, prevista dall'abrogato art. 100 c.p., di escluderla tra delitti e contravvenzioni, tra delitti dolosi o preterintenzionali e delitti colposi, e tra contravvenzioni⁷⁴), ma vietava altresì che potessero essere ricomprese nel novero delle circostanze suscettibili di bilanciamento *ex art. 69 c.p.* proprio le “*circostanze inerenti la persona del colpevole*”, ossia, recidiva e circostanze relative all'imputabilità dell'agente. Si può quindi ben comprendere come l'effetto della riforma del 1974 *in subiecta materia* vada in realtà ben oltre la mera attribuzione alla recidiva del carattere facoltativo; mentre in precedenza il giudice doveva obbligatoriamente aumentare la pena, e non poteva dichiarare l'eventuale soccombenza dell'aggravante in esame rispetto ad altre circostanze attenuanti, dopo la riforma del 1974 la situazione è esattamente capovolta; può non procedere all'aumento sanzionatorio e, in ogni caso, nel determinare l'entità della pena in seguito al bilanciamento delle circostanze è libero di neutralizzare questo aumento, dichiarando la prevalenza o l'equivalenza delle circostanze attenuanti riconosciute sussistenti⁷⁵.

Deve infine segnalarsi, tra le novità apportate dalla novella del 1974, la riforma della disciplina della sospensione condizionale della pena. Essa, originariamente, era prevista per i soli casi in cui la pena da irrogare in concreto non fosse superiore ad un anno, con la conseguenza che il beneficio poteva essere applicato con una frequenza decisamente inferiore a quella

⁷⁴ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 502.

⁷⁵ Va comunque segnalato che l'indebolimento del sistema sanzionatorio derivante dalla novella del 1974 era stato attutito dalla giurisprudenza. Il riferimento, in particolare, è all'orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. I, 3 luglio 1982, n. 2031, in *Cass. pen.*, 1984, p. 908) che, fin dalla sua introduzione, interpreta il principio della facoltatività della recidiva come limitato al solo aumento di pena conseguente, mentre rimane estranea ad esso la *dichiarazione dello status di recidivo*, che resta dunque obbligatoria in caso di commissione di un nuovo reato. Significativamente, però, all'indomani della stretta legislativa sui recidivi, operata con la l. 205/2005 che ha riformato l'art. 99 c.p., la Cassazione ha mutato il proprio orientamento, affermando che la recidiva non può avere natura “*bifasica*” o “*parziale*”, e dunque il giudice del merito o riconosce la recidiva e applica ogni conseguenze di legge che da essa deriva, oppure la esclude ed essa non avrà alcun effetto: v. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 2010, n. 35738. Sul punto, si tornerà più diffusamente in seguito.

attuale; infatti, per poter usufruire del beneficio in esame, l'autore di qualunque delitto che prevedeva un minimo edittale pari a due anni doveva vedersi riconosciute non meno di due circostanze attenuanti che per di più dovevano ritenersi prevalenti rispetto ad eventuali aggravanti. Innalzando però a due anni il limite di pena inflitta, la riforma ha ampliato notevolmente le possibilità di concedere il beneficio della sospensione condizionale, in quanto vi possono ora rientrare anche i reati il cui minimo edittale è pari a tre anni per i quali sia riconosciuta una sola attenuante, e non più di almeno due, che può essere ritenuta prevalente anche rispetto ad un'aggravante ad effetto speciale, ai sensi del riformulato art. 69 c.p.

Lo sguardo d'insieme della riforma che si è appena offerto consente di comprendere agevolmente come essa abbia profondamente mutato il volto sanzionatorio del codice penale, che diviene quasi "irricognoscibile" rispetto a quello voluto dal legislatore del '30.

4.1.2 L'introduzione del nuovo ordinamento penitenziario – I principi di svuotamento della comminatoria legale, però, come prima ricordato non si sono arrestati al diritto penale sostanziale. La frattura tra pena legale e pena reale è infatti venuta ad aggravarsi a seguito della fondamentale riforma del diritto penitenziario realizzata con la l. 26 luglio 1975, n. 354 (ord. penit.) che ha sostituito la previgente regolamentazione, dando ampio respiro alle esigenze di umanizzazione della pena e di esecuzione della stessa in chiave rieducativa⁷⁶, in adempimento (tardivo) dell'obbligazione costituzionale posta dall'art. 27, c. 3 e 4, Cost. Le esigenze che hanno indotto il legislatore a

⁷⁶ DOLCINI, *Codice penale*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano 1991, p. 40.

riformare la materia dell'esecuzione penitenziaria⁷⁷ sono senz'altro da condividere, in quanto direttamente attuative di una disposizione costituzionale di cardinale importanza; a dover essere sottoposte a critica, però, sono le *modalità* con le quali il legislatore ha proceduto.

Come non ha mancato di sottolineare un'autorevole dottrina, infatti, la legge sull'ord. penit., pur motivata dalla necessità rispondere a problematiche divenute non più eludibili “*è diventata ben presto uno degli strumenti tramite i quali si è cercato di far fronte alle disfunzioni e alle contraddizioni del sistema penale*”⁷⁸; la conseguenza è stata un abnorme ricorso ad istituti di tipo premiale che, teleologicamente orientati a favorire il reinserimento del condannato nel consorzio civile, hanno subito una progressiva degradazione finalistica, trasformandosi in puri espedienti per ovviare all'incremento insostenibile della popolazione carceraria. Una cursoria panoramica degli istituti propri del diritto penitenziario che più hanno eroso con sempre maggiore intensità la credibilità delle comminatorie di pena può essere sufficiente a chiarire le conseguenze di tale eterogenesi dei fini.

In primo luogo, non può non evocarsi in questa sede la riforma che ha interessato la disciplina della liberazione condizionale; come ricordato poco sopra⁷⁹, l'art. 176 c.p. consente oggi anche al condannato all'ergastolo di poter usufruire di tale beneficio dopo aver scontato almeno ventisei anni di pena⁸⁰.

In secondo luogo, e venendo così alle innovazioni apportate direttamente dall'ord. penit., vanno senz'altro menzionate tra i fattori decisivi di incremento dello scarto tra pena legale e pena reale le *misure alternative alla detenzione*. In particolare, giova ricordare:

⁷⁷ Per una cursoria descrizione dell'evoluzione storica del diritto dell'esecuzione penale cfr. DI RONZA, *Manuale di diritto dell'esecuzione penale*, Padova, 2003, pp. 1-28.

⁷⁸ TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in DOLCINI – PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, p. 1261.

⁷⁹ Cfr. *supra*, par. 4.1.1

⁸⁰ SCHIAVI, *La disciplina della liberazione condizionale*, cit., p. 669 ss.

a) *L'affidamento in prova*: in base a tale istituto (art. 47 ord. penit.), il detenuto che debba scontare una pena detentiva non superiore agli anni tre, può essere sottoposto ad un periodo di osservazione che, se ha esito positivo – se cioè il condannato adempie correttamente agli obblighi di condotta imposti dal Tribunale di sorveglianza –, determina l'estinzione della pena e la cessazione di ogni effetto penale della condanna⁸¹. Va evidenziato, però, che in origine l'istituto in esame aveva caratteristiche ben diverse da quelle attuali. In primo luogo, il limite massimo di pena inflitta per accedere al beneficio era pari, di regola, a due anni; l'aumento a tre anni è un portato della legge 663/1986 (c.d. legge Gozzini). Inoltre, in precedenza era indispensabile che il condannato trascorresse almeno un certo periodo di tempo in carcere prima di accedere alla misura premiale (tre mesi, poi ridotti ad uno); anche questo limite, però, è stato eliminato dalla l. n. 165/1998 (c.d. legge Simeone). Infine, e si tratta di uno dei profili più problematici, la norma in esame, nel descrivere il limite di pena previsto per la sua applicabilità, contiene un riferimento testuale alla pena “*inflitta*”, la quale non deve superare i tre anni di reclusione, con la conseguenza che parevano essere esclusi dal beneficio tutti coloro che erano stati condannati ad una pena detentiva di durata superiore⁸². Tuttavia, con una legge di interpretazione autentica⁸³, il Parlamento ha chiarito che i tre anni cui allude l'art. 47 ord. penit. possono anche costituire residuo di maggior pena; la conseguenza è che oggi (a parte talune eccezioni, introdotte dal c.d. pacchetto sicurezza 2009) il beneficio è potenzialmente applicabile a qualunque detenuto che abbia ancora da scontare non più di tre anni di pena e, nella prassi, la sua concessione è divenuta pressoché costante⁸⁴.

⁸¹ Per un'ampia disamina critica dell'istituto in esame, cfr. DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza ed effettività della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, p. 1492 ss.

⁸² MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 574.

⁸³ Il riferimento è alla l. 7 agosto 1992, n. 356 art. 14-*bis*.

⁸⁴ Per un'ampia analisi statistica dell'istituto dell'affidamento in prova cfr. DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova*, cit., p. 1492 ss.

b) *La detenzione domiciliare.* Questa misura (art. 47-ter ord. penit.), costituisce una modalità di espiatione della pena detentiva che consente di espiare la stessa presso la propria abitazione o altro luogo di privata ovvero in un luogo pubblico di cura e assistenza e dunque fuori dal circuito penitenziario. Possono accedervi solo particolari categorie di soggetti⁸⁵ che siano stati condannati alla pena dell'arresto (senza limiti) o della reclusione nei limiti dei quattro anni, anche costituenti residuo di maggior pena⁸⁶, come per l'affidamento in prova.

c) *La liberazione anticipata.* Con questa misura (art. 54 ord. penit.), il legislatore accorda al detenuto che osserva la disciplina penitenziaria e partecipa all'opera di rieducazione che si svolge all'interno dell'istituto di pena una riduzione della pena pari a quarantacinque giorni per ogni semestre di pena scontata. Questa riduzione si considera come pena effettivamente scontata ai fini della concessione dei permessi premio, della semilibertà e della liberazione condizionale. In origine, prima cioè della legge Gozzini, la riduzione era di soli venti giorni, il beneficio non era esteso anche ai detenuti in regime di detenzione domiciliare, ed inoltre l'accredito dei 45 giorni di pena non scattava per il periodo in cui il condannato era sottoposto a custodia cautelare in carcere, ma solo a partire dal momento in cui questi diventa detenuto c.d. "definitivo", ed al beneficio non era ammesso il condannato all'ergastolo⁸⁷.

⁸⁵ In particolare: donna incinta o madre di prole di età inferiore a dieci anni con lei convivente; padre con prole di età inferiore a dieci anni, se la madre è deceduta o impossibilitata alla cura della prole; persone in condizioni di salute particolarmente gravi; persona di età superiore ai 60 anni inabile anche parzialmente; minore degli anni 21.

⁸⁶ Si tenga presente, però, che esistono diverse altre forme di detenzione domiciliare che ampliano notevolmente l'ambito di operatività di tale misura. In particolare, si ricorda la detenzione domiciliare di cui all'art. 656, c. 10, c.p.p., all'art. 47-ter, c. 1, 1-bis e 1-ter, ord. penit., nonché la detenzione domiciliare speciale. Per una disamina approfondita di tali tipologie di detenzione domiciliare cfr. DI RONZA, *Manuale*, cit. p. 331 ss.

⁸⁷ Sul punto, peraltro, va precisato che il legislatore ha semplicemente recepito quanto già aveva affermato la Corte costituzionale con la sentenza n. 274 del 1983 (edita in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1984, p. 799 ss.) che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54 ord. penit. nella parte in cui non consentiva al condannato all'ergastolo di chiedere la riduzione di pena *ivi* prevista ai fini della

d) *I permessi-premio*. Si tratta di un beneficio (art. 30-ter ord. penit.) che consente al detenuto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro, fino a un massimo di quarantacinque giorni per ogni anno di pena espiata. Vi è ammesso il condannato a pena superiore a tre anni (purché abbia già scontato almeno un quarto della pena) o all’ergastolo (purché abbia espiato almeno dieci anni di pena), ed è sufficiente che abbia tenuto regolare condotta e che non risulti socialmente pericoloso.

In questa sede, non è consentita una disamina approfondita di tali misure, ma già ad una prima sommaria illustrazione diviene chiaro per quale ragione, non più tardi di qualche anno fa, esse siano state ritenute in dottrina addirittura “*centrali*” nell’ambito del sistema penale, ed è altrettanto chiaro per quale ragione quella stessa dottrina abbia poi parlato di tale centralità come di qualcosa di “*abnorme*”⁸⁸. L’amplissima operatività degli istituti in esame – cui il legislatore, fino ad un recente passato, non ha mai posto alcun freno – si traduce in una sostanziale abdicazione alla pena detentiva con gravi ripercussioni sull’efficacia e sulla credibilità delle comminatorie edittali di pena.

4.1.3 *L’emanazione del nuovo codice di procedura: i riti speciali*

4.1.3.1 *Premessa* – Il definitivo divorzio tra pena legale e pena reale avviene, però, con l’emanazione del codice di procedura penale del 1988, ed in particolare con l’introduzione dei riti c.d. economici, tra i quali spiccano –

liberazione condizionale della pena. In senso negativo, si era invece espressa la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I, 13 dicembre 1977, Mesina).

⁸⁸ PALAZZO, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari: che cosa conservare*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Lecce, 2002, p. 130.

per quanto qui interessa⁸⁹ – l'applicazione della pena su richiesta delle parti (artt. 444 ss.) e il giudizio abbreviato (438 ss.). Vediamo in quale misura le scelte del legislatore processuale hanno reagito sulle comminatorie edittali di pena, prendendo avvio da quello che è considerato – forse non del tutto correttamente – il punto più problematico e discusso, ovvero, i rapporti tra comminatoria edittale e il c.d. patteggiamento.

4.1.3.2 L'impatto del patteggiamento sulle comminatorie legali – È notorio che gran parte della dottrina penalistica – nell'ambito di una più generale crisi dei rapporti tra diritto e processo penale⁹⁰ – si attesti su posizioni particolarmente critiche con riferimento al rito speciale previsto dagli artt. 444 ss c.p.p., per ragioni che si concentrano, anche se non in via esclusiva, sulla preoccupazione per un complessivo indebolimento della risposta sanzionatoria al reato⁹¹.

Pur essendo senz'altro di grande importanza, l'incidenza sui livelli di severità delle pene non è però l'unico punto critico che caratterizza il tema dei riflessi sostanziali del rito speciale in esame; questo, infatti, più in generale, può rilevare sotto un triplice punto di vista:

- a) i riflessi sul piano delle teorie della pena;
- b) il problema della proporzionalità tra fatto e sanzione;
- c) le tensioni con il principio di riserva di legge.

⁸⁹ In realtà il codice, come noto, conosce anche altri riti alternativi i quali non saranno però presi in considerazione in quanto o non incidono sulla pena, ma esclusivamente sull'eliminazione di uno o più segmenti del processo o, se vi incidono (ad es., oblazione e decreto penale di condanna), questo effetto può considerarsi trascurabile, in quanto limitato alle pene pecuniarie che non interessano, se non in via indiretta, questo lavoro.

⁹⁰ PULITANÒ, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1989, p. 951 ss.

⁹¹ Per una esaustiva esposizione dei rapporti tra diritto penale sostanziale e patteggiamento si veda l'illuminante lavoro monografico di CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Milano, 2009, *passim*.

Più in dettaglio, per quanto concerne il profilo *sub a)*, il punto più problematico concerne la legittimità dell’inserimento, nel novero dei fini “classici” della pena, anche di esigenze di carattere puramente processuali (quali la ragionevole durata dei processi e la deflazione dell’enorme carico di lavoro gravante sulla magistrature requirente e giudicante⁹²). Ci si è chiesti, cioè, se possa dirsi conforme o meno ai principi costituzionali accordare sconti più o meno sensibili di pena in ragione del fatto che l’imputato contribuisce – mediante la rinuncia alle garanzie offerte dal processo *adversary* – ad una gestione più efficiente della giustizia penale⁹³.

Secondo una parte della dottrina⁹⁴, come si è già detto, si tratta di una prospettiva da respingere *in toto*, in quanto destinata ad intaccare i fondamenti stessi del diritto penale e processuale penale. Si pone in particolare l’accento, da un lato, sulla realtà criminologica che viene a definirsi mediante questo rito (spesso criminalità dei colletti bianchi), sulla segretezza che lo caratterizza e sulla bagatellizzazione di reati di gravità medio-alta⁹⁵ e, dall’altro, sul carattere anti-cognitivo – e dunque di non accertamento – della procedura e sull’integrale soppressione delle garanzie tipiche del contraddittorio che ne consegue⁹⁶.

Secondo altra parte della dottrina, specie processualistica⁹⁷, ma non solo⁹⁸, la risposta che va data è invece positiva. Pur nella varietà degli schemi

⁹² Secondo le più recenti rilevazioni statistiche (si v. la relazione del Ministro della Giustizia on. Angelino Alfano sul sito <http://www.giustizia.it>) si calcola che attualmente pendano 3.270.979 procedimenti penali. Per un quadro, invero sconcertante, circa lo stato della giustizia penale in Italia si rinvia a FERRARELLA, *Fine pena mai. L’ergastolo dei tuoi diritti nella giustizia italiana*, Milano, 2007.

⁹³ CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 279 ss.

⁹⁴ MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Lecce, 2002, p. 323 ss. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, IX ed., 2008, 780 ss.

⁹⁵ MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, cit., p. 330 ss. il quale, senza mezzi termini, giunge ad auspicare l’abolizione *tout-court* del patteggiamento.

⁹⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 780 il quale imputa all’introduzione del rito in esame la violazione del nucleo di garanzia minimale del diritto e del processo penale.

⁹⁷ ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Lecce, 2002, p. 257 ss. (in partic. 272-273).

in cui può in concreto declinarsi la *negotiated justice*, il progressivo affrancamento da una visione della pena in senso assoluto (modello kantiano) e la sua evoluzione verso paradigmi di matrice utilitaristica che individuano nella pena un passaggio che tende a scopi storicamente ritenuti prevalenti in un dato ordinamento giuridico, consentono infatti di affermare che il legislatore – nel quadro di legalità tracciato dal principio rieducativo della pena (art. 27, c. 3, Cost.)⁹⁹ – può perseguire anche fini di carattere schiettamente processuale¹⁰⁰, la cui idoneità a rappresentare un *telos* “legittimo” della pena, peraltro, esce oggi ulteriormente rafforzata dal carattere costituzionale delle stesse (si pensi alla garanzia della durata ragionevole al processo oggi espressamente tutelata dall’art. 111, c. 2, Cost.).

In realtà, però, ammettere che non sembrano frapporsi ostacoli di principio al riconoscimento, nel quadro della teleologia della pena, di uno spazio di autonomia in relazione ad esigenze di celerità dei giudizi e di deflazione processuale, se da un lato chiude una prima problematica inerente i rapporti tra patteggiamento e diritto penale sostanziale, dall’altra apre un secondo fronte di problematicità che appare forse più controverso del primo. Esso concerne, infatti, la determinazione del peso che *in concreto* le istanze di funzionalità ed efficienza dei meccanismi giudiziari possono avere in relazione alle finalità classiche della pena, e cioè, trattandosi di esigenze antagoniste, l’individuazione del limite entro cui è ammesso il soddisfacimento delle prime a detrimento delle seconde.

Secondo un’autorevole dottrina¹⁰¹, se si considerano le modalità con cui la pena concordata tra le parti risulta implementata nell’ordinamento italiano,

⁹⁸ CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 386 ss.

⁹⁹ Di questa esigenza, trascurata dal legislatore, si è fatta carico la Corte costituzionale con la nota sent. n. 313 del 1990 sulla quale si tornerà ampiamente in seguito: cfr., *infra*, par. 4.2.4.

¹⁰⁰ Sul punto, imprescindibile il richiamo a DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, tr. it. a cura di GIUSSANI – ROTA, Bologna, 1991.

¹⁰¹ DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, p. 1073 ss.

le esigenze di deflazione processuale hanno grandemente prevalso su quelle di serietà e credibilità della risposta sanzionatoria. Non si è infatti esitato a parlare, in particolare con riguardo al patteggiamento ordinario, di “*sostanziale nullificazione della pena*”¹⁰², con grave pregiudizio delle istanze di prevenzione sia speciale, comunque intese, sia generale. Stante l’abbattimento dei livelli sanzionatori che l’accesso al percorso processuale semplificato garantisce all’imputato, si è osservato che la scelta per il rito speciale in esame non segni affatto, come avviene in altri ordinamenti, la “*capitolazione del reo di fronte all’ordinamento*”, bensì la “*capitolazione dello stesso ordinamento*”¹⁰³ davanti al reo.

Nella severa critica al patteggiamento qui rievocata, che è ancor più valida oggi dopo l’introduzione del patteggiamento c.d. “allargato”¹⁰⁴, il quale estende l’applicabilità del rito speciale fino a pene entro i cinque anni, sembra difficile non scorgere elementi di forte ragionevolezza; non può infatti dimenticarsi che, se il risultato cui conduce il patteggiamento, soprattutto quello tradizionale, è una “*non pena*”¹⁰⁵, ogni discorso relativo alle finalità di prevenzione speciale e generale è necessariamente destinato a venire meno. E la stessa sorte coinvolge anche la funzione di orientamento culturale della norma penale che ineluttabilmente perde di significato, in quanto

¹⁰² DOLCINI, *La pena in Italia*, cit., p. 1104. Critiche analoghe, che pongono in rilievo la violazione del principio proporzionalità, si rinvencono in GIUNTA, *I nodi del “patteggiamento” giungono al pettine*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 858 ss.

¹⁰³ DOLCINI., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 797 ss. In termini analoghi, ma dando maggiore rilievo all’implementazione del rito da parte degli operatori, PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. Dir. Pen. proc.*, 1989, p. 935.

¹⁰⁴ Il patteggiamento c.d. allargato, come noto, è stato introdotto nel 2003 ed è disciplinato dall’art. 444, c. 1 –*bis*, c.p.p.; consente, in sintesi, all’imputato di accordarsi con il pubblico ministero per l’applicazione di pene fino a cinque anni di reclusione (cui però non seguono le premialità che invece caratterizzano il patteggiamento c.d. ordinario), ma con esclusione dei delitti specificamente indicati nella predetta norma codicistica, nonché dei soggetti dichiarati recidivi reiterati ai sensi dell’art. 99, c. 4, c.p. Per una ricostruzione più approfondita dell’istituto in esame e delle criticità che lo caratterizzano cfr. VIGONI, *Patteggiamento allargato: riflessi sul sistema e sull’identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 710 ss.

¹⁰⁵ DOLCINI., *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 591.

un'oscillazione così marcata, per lo stesso fatto, tra la pena irrogata a coloro che optano per il rito alternativo e coloro che vengono processati nelle forme del giudizio ordinario rende estremamente difficoltosa l'interiorizzazione del giudizio di disvalore veicolato tramite la comminatoria astratta¹⁰⁶. Detto in altri termini, se è vero che “*l'accumulo di rationes penali e processuali comporta il correlativo immiserimento di ciascuna di esse*”¹⁰⁷, il problema che s'impone oggi all'attenzione del sostanzialista è evitare che, nell'ansia funzionale di abbattere ad ogni costo la durata dei giudizi, tale immiserimento sia tutto a carico delle sole esigenze sostanziali e, *in primis*, della serietà delle comminatorie edittali di pena.

Peraltro, e si viene così alla questione *sub c)*, è necessario porre l'accento non solo sulle conseguenze che attengono alla commisurazione della pena in concreto, ma anche su un'ulteriore problematica che investe direttamente la comminatoria edittale di pena, e cioè la sostanziale violazione del principio di riserva di legge che i riti alternativi – per come risultano essere stati implementati nell'ordinamento interno – sono destinati a produrre.

È bene subito precisare che con riguardo ai riti alternativi non si pone – né si è mai posto – un problema di *legalità* della pena; come insegna la giurisprudenza costituzionale¹⁰⁸, è pena legale quella che risulta dalla

¹⁰⁶ DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 591. Del resto, se l'impossibilità (o la maggior difficoltà) per il diritto penale di svolgere una funzione di prevenzione generale positiva poteva forse costituire un dato di minore interesse con riferimento al patteggiamento tradizionale, in ragione della sostanziale coincidenza con l'ambito della sospensione condizionale, il discorso si fa necessariamente diverso in relazione al c.d. patteggiamento allargato; a seguito della sua introduzione, infatti, può oggi addirittura giungersi a definire in via negoziata una pena di cinque anni anche per reati gravissimi finanche per l'omicidio volontario e per altri gravissimi reati (sul punto, cfr. VIGONI, *Patteggiamento allargato*, cit., p. 710 ss.). Peraltro, sebbene tutte queste perplessità siano senz'altro fondate, è difficile non avere la sensazione, quando si parli di riti alternativi, che si stia in realtà parlando di un'esigenza vitale per il funzionamento stesso della macchina giudiziaria. Lo rileva la stessa dottrina penalistica più critica rispetto ai riti alternativi – ed al patteggiamento in particolare – che parla apertamente “*amara necessità*” di cui si può soltanto tentare di “*limitare i costi*” (DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., p. 570)

¹⁰⁷ CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., 49.

¹⁰⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 312 del 1988 edita in *Cass. pen.*, 1988, p. 1581, con nota di NAPPI, *Il nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di reato continuato: un'occasione mancata*. Si tratta della sentenza che ha risolto il contrasto interpretativo sorto con riferimento alla disciplina

applicazione di tutte le norme che presiedono alla commisurazione della stessa, e non già delle sole norme previste dalla comminatoria edittale di pena. Il problema che si pone, infatti, attiene al diverso e ulteriore principio della *riserva di legge*, al rischio cioè di *annullare* la scelta politico-criminale espressa dal legislatore tramite la comminatoria edittale di pena.

A questo proposito, forse più di altre riflessioni, vale portare ad esempio un recente caso di omicidio discusso innanzi al Tribunale di Milano¹⁰⁹:

Tizio, imputato con altri di concorso in omicidio, chiede l'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* ed ottiene dal pubblico ministero il consenso ad una pena finale pari a cinque anni di reclusione; nel frattempo, tutti gli altri imputati chiedono il rito abbreviato. Il giudice, però, ritenendo insostenibile la pena concordata, rigetta la richiesta, divenendo così incompatibile *ex art. 34 c.p.p.* Mutato così il giudice e, per motivi diversi, anche il pubblico ministero, l'imputato ripropone al nuovo rappresentante della pubblica accusa il progetto di pena precedente che viene però respinto da quest'ultimo il quale, ottenuto il rinvio a giudizio, in sede dibattimentale chiede per l'imputato l'ergastolo, richiesta che viene poi accolta dal giudice, mentre i coimputati – che, si badi, erano ideatori ed esecutori materiali del delitto – grazie al rito abbreviato cui avevano acceduto sono stati condannati a diciotto anni di reclusione.

Rispetto ad un quadro siffatto, che non rappresenta una mera ipotesi “di scuola”, ma che è stato volutamente tratto dalla prassi, viene da domandarsi quale significato possa venire effettivamente ad assumere l'art. 575 c.p. nella parte in cui dispone che colui che con dolo spegne una vita umana “è *punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*”. Se, infatti, è possibile per un pubblico ministero chiedere una condanna pari a cinque anni (meno di un quarto del minimo edittale), e ad un altro pubblico ministero chiedere (e ottenere) l'ergastolo, appare evidente che la scelta politico-criminale del legislatore è in realtà integralmente delegata al giudice e, nel caso specifico

sanzionatoria del reato continuato in caso di concorso reati puniti con pene di specie diversa, affermando che in questi casi non è violato il principio di legalità.

¹⁰⁹ Il caso è riportato da FERRARELLA, *La lotteria della pena. Invece di cinque anni finisce all'ergastolo*, in *Il Corriere della Sera*, 14 settembre 2010, p. 20.

del patteggiamento, al pubblico ministero¹¹⁰. E sotto quest'ultimo profilo, peraltro, il *vulnus* al principio di legalità appare ancor più grave. La rimessione di scelte così delicate al titolare dell'azione penale può risultare, forse¹¹¹, sostenibile in un ordinamento quale quello statunitense in cui esistono sistemi di controllo circa le modalità con cui tali scelte vengono operate; al contrario, in un ordinamento, come quello italiano, in cui esiste il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale¹¹², la costituzionalità di forme di negoziazione della pena che giungano a lambire anche reati di assoluta ed indiscussa gravità, quali l'omicidio doloso o la violenza sessuale su minori¹¹³, risultano tutt'altro che trascurabili¹¹⁴.

La conseguenza è che appare oggi difficile negare la viva necessità di elaborare soluzioni diverse al fine di rendere meno opinabile il ricorso al patteggiamento, non da ultimo quella di introdurre, come suggerisce un'autorevole dottrina¹¹⁵, una doppia comminatoria legale di pena cui potrà accedere chi opta per il rito speciale.

¹¹⁰ Sul punto, ed in particolare sull'urgenza di individuare una linea comune all'interno degli uffici giudiziari, per evitare arbitrarie disparità di trattamento, si vedano le penetranti osservazioni di MADDALENA, *Il punto di vista del pubblico ministero*, in PERONI (a cura di), *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, Torino, 2004, p. 195 ss.

¹¹¹ Non mancano, infatti, voci critiche anche nella "patria" del patteggiamento, cioè l'ordinamento statunitense. Sul punto, cfr. il noto saggio di SCHULHOFER, *Plea Bargaining as Disaster*, in *Yale Law Journ.*, 1992, p. 1979 ss.).

¹¹² PAPA, *La crescita miracolosa del bonsai: l'albero del patteggiamento allarga vistosamente la chioma, ma stenta a sviluppare le radici*, in *Leg. pen.*, 2004, pp. 864-865.

¹¹³ Tale reato è, peraltro, estremamente sintomatico delle problematiche sollevate dal patteggiamento: l'età inferiore ad anni dieci della vittima, infatti, è espressamente qualificata come circostanza aggravante (art. 609-ter, c. 2, c.p.) e dunque può essere oggetto di bilanciamento ex art. 69 c.p.; pertanto, determinata la pena base pari al minimo edittale (cinque anni), con due sole circostanze attenuanti la pena scende addirittura al di sotto dei due anni, con la conseguenza della totale impunità dell'agente.

¹¹⁴ Non a caso, nel suo intervento conclusivo alla Tavola rotonda su "profili sostanziali della nuova disciplina in materia di patteggiamento", pubblicato in *Leg. pen.*, 2004, p. 881, PADOVANI rileva come il legislatore abbia affidato al pubblico ministero un potere "tanto immenso quanto indefinito [...] in una materia che tocca gangli vitali del sistema penale".

¹¹⁵ PAGLIARO, *Indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1981, p. 447 ss.; per una revisione critica di questa impostazione cfr. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 596 ss.

4.1.3.3 Il rito “dimenticato”: comminatorie e giudizio abbreviato –

Potendoci avvalere di un’ampia letteratura sul punto, nel paragrafo che precede si sono potute analizzare le varie problematiche che il patteggiamento solleva con riguardo al tema oggetto del presente lavoro; con riferimento al diverso rito alternativo del giudizio abbreviato (artt. 438 ss. c.p.p.), però, non è dato riscontrare una simile profondità d’indagine; l’impatto sulle comminatorie di pena del giudizio abbreviato sembra essere stato quasi dimenticato dalla dottrina penalistica. In verità, però, si ritiene che la carenza di attenzione verso questo rito, e sui suoi effetti sul diritto sostanziale, sia scarsamente giustificabile, in quanto sotto questo profilo sorgono problematiche di rilevanza non minore rispetto a quelle evidenziate con riguardo al patteggiamento.

Nell’ottica di un approfondimento di questa tematica, il primo punto che deve a nostro avviso essere affrontato è la profonda differenza strutturale che intercorre tra i due riti alternativi in esame. In primo luogo, la diminuzione di pena che deriva dalla scelta processuale dell’imputato è, nel caso del patteggiamento, fino ad un terzo della pena finale; nel caso del giudizio abbreviato è *di* un terzo; non vi è spazio per scelte discrezionali di tipo quantitativo, né in capo giudice né in capo al pubblico ministero. Il rito abbreviato, rappresenta una sorta di “diritto” dell’imputato, che può quindi accedere alla diminuzione di pena a sua semplice richiesta, senza alcun filtro o vaglio giudiziale, né preventivo né successivo. In secondo luogo, mentre il patteggiamento allargato prevede (art. 444, c. 1-*bis*, c.p.p.) preclusioni di tipo soggettivo, queste risultano del tutto assenti nel rito abbreviato, che può quindi essere scelto da qualunque imputato. Infine, il patteggiamento – pur con i limiti che si sono visti – incontra in ogni caso uno sbarramento legislativamente predeterminato che consiste nel limite di cinque anni oltre il quale è inibita la definizione negoziata della pena; con riguardo al rito

abbreviato, invece, qualunque sia il titolo di reato oggetto di contestazione, se vi è richiesta in tal senso dell'imputato, la definizione della vicenda penale "allo stato degli atti" (art. 438 c.p.p.) e l'annessa riduzione di pena devono essere concesse.

Già da tali prime ed essenziali osservazioni sulle differenze strutturali tra patteggiamento e giudizio abbreviato, emerge chiaramente un primo punto critico che caratterizza quest'ultimo: avendo una latitudine illimitata sul piano oggettivo e soggettivo, con esso il legislatore ha finito con l'introdurre nel sistema *un'ipoteca permanente su tutte le comminatorie edittali presenti e future*, le quali devono ritenersi suscettibili, a semplice richiesta dell'imputato, di essere decurtate di un terzo per il solo fatto della scelta del rito speciale. Inoltre, non va dimenticato che nell'ambito del patteggiamento non è affatto escluso che il pubblico ministero subordini il proprio consenso ad un congruo risarcimento della vittima del reato la quale pertanto, sia pure indirettamente e talora solo in parte, può comunque vedere soddisfatte le proprie istanze risarcitorie; in materia di giudizio abbreviato, invece, nulla di tutto ciò è ipotizzabile, poiché la decurtazione di pena è prevista dal legislatore esclusivamente come conseguenza della contenzione dei tempi di definizione della vicenda processuale, in ragione del contributo che l'imputato apporta alla realizzazione dell'obiettivo, oggi costituzionalmente rilevante (art. 111, c. 2, c.p.p.), di assicurare una durata ragionevole dei processi.

Le conseguenze della scelta del legislatore processuale, dunque, non sembrano affatto indolori, né destinate a sollevare problematiche di importanza inferiore a quelle che si registrano in tema di determinazione concordata della pena.

Infatti, occorre evidenziare un ulteriore aspetto critico del giudizio abbreviato con riferimento all'impatto che esso ha sulle comminatorie astratte

di pena; la decurtazione di questa, infatti, è determinata in via proporzionale *senza alcun limite quantitativo espresso in termini assoluti*, con la conseguenza che la riduzione di pena sarà tanto più considerevole quanto più elevata è la pena inflitta. A lumeggiare chiaramente le criticità della scelta legislativa in esame può ancora una volta evocarsi un esempio tratto dalla prassi giurisprudenziale¹¹⁶.

Tizio, in seguito ad una vicenda legata a debiti di droga, al fine di vendicarsi su altre persone che lo avevano poco prima pubblicamente percosso, esplose sulla pubblica via svariati colpi di pistola nella loro direzione. Tuttavia, oltre ai predetti soggetti, i proiettili attingono mortalmente anche altre due persone che si trovavano per pura casualità tra il soggetto attivo e le vittime, e cioè una bambina di soli due anni e mezzo ed un pensionato. Avviato il processo per omicidio doloso plurimo, l'imputato sceglie il rito abbreviato; a questo punto, come ha confermato lo stesso giudice che pronunciato la condanna¹¹⁷, la condanna a venti anni di reclusione è una conclusione obbligata. Qualificato un omicidio come reato più grave, ritenuta l'equivalenza tra una sola attenuante¹¹⁸ e le contestate aggravanti, la pena viene determinata in anni ventiquattro per il reato più grave, aumentata fino ad anni trenta (il massimo consentito dalla legge: artt. 66 e 81, c. 3, c.p.) per la continuazione con gli altri reati. A questo punto, la riduzione ad anni venti di reclusione, conseguente alla scelta del rito, è un'operazione di puro computo matematico.

Sotto il profilo tecnico-giuridico, va affermato senza riserve che la sentenza di condanna in esame appare ineccepibile. L'unico profilo su cui il giudice aveva un certo margine di discrezionalità era quello relativo alla concessione o meno dell'attenuante della provocazione; tuttavia, pur

¹¹⁶ L'episodio, noto alle cronache come "la strage di Rozzano", è avvenuto il 23 agosto del 2003 ed è stato ampiamente riportato da tutti i quotidiani nazionali di quel giorno. Il 27 agosto dello stesso anno il responsabile della strage, Vito Cosco, si è costituito presso la Caserma dei Carabinieri di via Moscova a Milano, rivelando l'esatta dinamica dei fatti ed ammettendo di essere l'esecutore degli omicidi.

¹¹⁷ Cfr. l'intervista rilasciata dal dott. Fabio Paparella alla cronista Marsiglia di Biagio dal titolo *Sentenza sofferta, ma non cambio idea*, in *Corr. Sera*, 19 dicembre 2004, p. 15.

¹¹⁸ Si tratta, in particolare, dell'attenuante della provocazione ex art. 62, n. 2, c.p. Il giudice infatti (cfr. l'intervista citata alla nota precedente) rileva che il ventisettenne di Rozzano "stava cercando di tirarsi fuori da un brutto giro ed era continuamente minacciato, ricattato, malmenato. De Finis e Malmassari (le vittime designate dall'agente) erano stati a casa sua mostrandogli una pistola, e la sera del 22 agosto di un anno fa, quella della strage, lo avevano picchiato fino a fargli uscire il sangue. Lui è andato a casa, ha preso l'arma ed è tornato in strada mettendosi a sparare all'impazzata. Io resto convinto che l'attenuante di avere agito in stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui sia ampiamente dimostrata".

astenedosi da una critica nel merito della decisione giudiziale, occorre senz'altro ribadire che essa comunque non appare frutto di un uso distorto della discrezionalità commisurativa. Spiega infatti il giudice che il ventisettenne di Rozzano *“stava cercando di tirarsi fuori da un brutto giro ed era continuamente minacciato, ricattato, malmenato. De Finis e Malmassari [le vittime designate dall'agente] erano stati a casa sua mostrandogli una pistola, e la sera del 22 agosto di un anno fa, quella della strage, lo avevano picchiato fino a fargli uscire il sangue. Lui è andato a casa, ha preso l' arma ed è tornato in strada mettendosi a sparare all' impazzata. Io resto convinto che l' attenuante di avere agito in stato d' ira determinato dal fatto ingiusto altrui sia ampiamente dimostrata”*.

Pur prescindendo, come detto, dalla indubbia correttezza sotto il profilo giuridico della decisione, non sembra però negabile che essa sollevi problematiche di carattere generale che meritano senz'altro una tematizzazione ed un approfondimento specifico. Il punto presenta evidenti affinità con quanto già osservato esaminando i rapporti tra patteggiamento e diritto penale sostanziale, con la non lieve differenza che, mentre con riguardo al patteggiamento si assiste ad un interesse dottrinale senz'altro proporzionale all'importanza del tema trattato, relativamente al giudizio abbreviato si deve invece rilevare una significativa carenza di approfondimento, che si ritiene però non obiettivamente difficile da giustificare stante la portata potenzialmente molto più dirompente che risulta propria del giudizio abbreviato.

Per tali motivi, pur nella consapevolezza di tali carenze, si ritiene comunque opportuno dedicare alcune riflessioni a tale tematica.

Per procedere in questo senso, però, è in primo luogo necessaria una sorta di *actio finium regundorum* circa l'effettiva incidenza dell'attenuante di rito in esame; in altre parole, è necessario verificare quale sia la natura

giuridica di tale attenuante ed in che modo che essa interagisce con gli istituti sostanziali. Sul punto, dottrina¹¹⁹ e giurisprudenza¹²⁰ sono essenzialmente concordi nel ritenere che la diminuzione che consegue all'opzione per il rito abbreviato abbia natura processuale e non sostanziale. In particolare, si è affermato che l'attenuazione sanzionatoria in parola non attiene né alla gravità del reato (art. 133, c. 1, c.p.), né alla capacità a delinquere del reo (art. 133, c. 2, c.p.)¹²¹, e che essa deve – per legge (cfr. art. 442, c. 2, c.p.p.) – essere disposta solo dopo aver proceduto all'applicazione di tutte le circostanze del reato¹²², risultando quindi del tutto inadeguata ad esprimere un qualunque collegamento con il fatto di reato. Essa trova, invece, più corretto inquadramento dogmatico nell'ambito di un “*meccanismo incentivante di natura meramente processuale*”¹²³, coesenziali (e dunque imposti ad un legislatore realista) alla possibilità stessa di celebrare i processi in forma dibattimentale.

Da tale premessa, discendono le seguenti conseguenze: *a*) la diminuzione in parola *non* è attratta nel giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*; *b*) non si applica alle pene accessorie, ma di essa si deve tenere conto allorquando, per l'applicazione di talune pene accessorie, deve farsi riferimento alla pena

¹¹⁹ Cfr., *ex multis*, PADOVANI, *Il nuovo codice*, cit., p. 932; CANZIO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, p. 629 ss.; BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto sostanziale*, in *Ind. Pen.*, 1989, p. 331.

¹²⁰ Il dibattito è stato peraltro molto acceso in giurisprudenza fino all'intervento di Cass., Sez. Un., 31 maggio 1991, Volpe, in *Foro it.*, 1991, II, p. 642 che ha ricondotto ad unità la lettura del dato normativo, chiarendo che la diminuzione di pena non ha carattere sostanziale, bensì processuale. Sulla conferma del principio espresso da tale arresto da parte della successiva giurisprudenza cfr. CANZIO, *Giudizio abbreviato*, cit., p. 629 ss.

¹²¹ DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 74; in termini analoghi, Cass., Sez. Un., 31 maggio 1991, cit. Si veda, però, la diversa posizione espressa sul punto da Corte cost. n. 284 del 1990, edita in *Giur. Cost.*, 1990, p. 1774 ss., la quale aveva invece giustificato la legittimità costituzionale della diminuzione in parola, propria inquadrandola nell'ambito della “condotta susseguente al reato” menzionata dall'art. 133, c. 2, n. 3) c.p., sancendo così espressamente l'iscrivibilità della stessa diminuzione nell'alveo della criteriologia commisurativa della pena.

¹²² PADOVANI, *Il nuovo codice*, cit., p. 932.

¹²³ CERQUA, *Riti alternativi e incentivi premiali: implicazioni sostanziali*, in *Cass. pen.*, 1992, II, p. 1702.

inflitta in concreto al reo¹²⁴; infine, la riduzione di pena incontra un limite nella misura minima prevista dalla legge (artt. 23 ss. c.p.), ma può comunque infrangere il limite inferiore previsto in tema di concorso di circostanze attenuanti (art. 67, c. 2, c.p.)¹²⁵.

Sulla scorta di questa sintetica disamina degli effetti della diminuzione *ex art. 442, c. 2, c.p.p.* esce senz'altro confermata l'idea che – ad eccezione di alcuni, ma trascurabili, limiti inferiori di pena che non sono valicabili – essa comporta gravi conseguenze sulla tenuta del sistema delle comminatorie edittali e, più in generale, sulla credibilità del sistema repressivo¹²⁶. Per quanto sia senz'altro vero che la diminuzione di pena ha natura squisitamente processuale, è altresì innegabile che l'intimidazione generale, come ricorda efficacemente un'autorevole voce dottrinale, *“ha pur sempre come suoi destinatari gli individui singoli”* e non è affatto escluso che per questi ultimi *“la possibilità di differenziare il trattamento sanzionatorio in ragione di criteri che niente hanno a che fare col disvalore oggettivo e soggettivo del reato, possa costituire un vero e proprio fattore di disorientamento”*¹²⁷. Sembra quindi non più procrastinabile un ripensamento generale del sacrificio imposto alle esigenze repressive, nell'ottica di un bilanciamento più ragionevole con le contrapposte istanze di celerità e speditezza dei giudizi. Volendo operare qualche riflessione più in concreto, si deve riconoscere un dato che, in verità, sembra difficilmente contestabile, e cioè che la situazione attuale vede le esigenze sostanziali soccombere quasi del tutto rispetto a quelle processuali. Le origini di questo sbilanciamento sono varie e operanti su più

¹²⁴ L'orientamento sul punto può dirsi oggi dominante: cfr. Cass., sez. IV, 25 marzo 2004, n. 21113, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3024; Cass., Sez. Un., 27 maggio 1998, Ishaka, in *Foro it.*, 1998, II, p. 641.

¹²⁵ CERQUA, *Riti alternativi*, cit., p. 1704.

¹²⁶ Per una puntuale critica degli effetti distorsivi sul del rito abbreviato sul sistema penale, anche con riferimento al disorientamento che esso crea nella pubblica opinione, cfr. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 507 ss.

¹²⁷ PALAZZO, *Qualche riflessione sul plea bargain e semplificazione del rito*, in AMODIO – BASSIUNI (a cura di), *Il rito penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 326. Ancora più netto, sul punto, FIANDACA, *Dalla riforma del processo alla riforma del Codice penale*, in *Quest. Giust.*, 1990, p. 381.

livelli, ma pare potersi affermare che tra esse un rilievo fondamentale vada attribuito all'elevato valore della "posta in gioco" che è conseguita all'opzione per il rito accusatorio accolta nel codice del 1988: il mancato funzionamento dei riti speciali, infatti, avrebbe potuto determinare il sostanziale fallimento del nuovo progetto di codice di procedura e ciò ha con ogni probabilità spinto il piede del legislatore sull'acceleratore dei riti speciali, a scapito però di palesi esigenze di minima afflittività della pena.

Tuttavia, in una prospettiva di lungo termine, gli effetti di questa sostanziale obliterazione delle istanze general-preventive e special-preventive, proprio in quanto incidenti su un sistema che, in ragione della demolizione dell'impianto codicistico operata con la riforma del 1974 e con l'introduzione del nuovo ordinamento penitenziario, hanno finito col divenire non più sostenibili, soprattutto sul versante della prevenzione generale, che qui rileva in modo particolare, essendo intimamente connessa – al di là della nota problematica relativa alla sua dubbia verificabilità empirica¹²⁸ – alla comminatoria astratta di pena.

Occorre infatti ricordare, sulla scia di quanto opportunamente segnalato in dottrina¹²⁹, che tali esigenze possono compiutamente realizzarsi solo in un contesto che, con terminologia comunitaria, potrebbe definirsi di "leale collaborazione" tra legislatore penale e legislatore processuale, nell'ambito del quale tanto il diritto quanto il processo penale contribuiscano unitariamente ad una resa più efficiente della giustizia. Per questa ragione, pur potendosi senza difficoltà condividere l'idea che una minor pena possa essere irrogata all'imputato che volontariamente riduce con la propria condotta i tempi per la

¹²⁸ Sul punto, cfr. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in ROMANO – STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, p. 43 ss.; PAGLIARO, *Indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1981, p. 447 ss.; PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli, 1981, p. 183 ss.

¹²⁹ PADOVANI, *Il nuovo codice*, cit., p. 935.

della giustizia, è essenziale che la premialità per la scelta del rito incontri comunque un limite inferiore che non può essere certo rappresentato dagli irrisori limiti minimi di pena stabiliti dagli artt. 23 e ss. del codice, ma devono essere di portata decisamente più significativa.

Ecco la ragione per la quale, dunque, la disciplina del giudizio abbreviato non può, da un punto di vista del diritto sostanziale, ritenersi congrua. Essa, infatti, non solo non prevede limiti alla latitudine oggettiva di tale rito speciale, ma soprattutto *non prevede limiti allo sconto di pena espressi in termini assoluti*¹³⁰, con conseguenti abbattimenti di pena che, considerata la pena massima temporanea, cioè trent'anni, possono raggiungere anche i dieci anni di reclusione, per il solo fatto di aver rinunciato al principio di oralità in sede di formazione della prova; una rinuncia senza dubbio dolorosa, dal punto di vista dei principi costituzionali in materia di difesa, ma che, si converrà, è largamente insufficiente per giustificare – a fronte di un identico fatto di reato – uno iato sanzionatorio di così vaste proporzioni.

Più che opportuno, pertanto, sembra essere un ridimensionamento di tale rito speciale, sia sotto il profilo dei tipi di illecito che possono essere definiti con tale giudizio¹³¹, sia introducendo un limite espresso in termini assoluti tale per cui la diminuzione di un terzo della pena conseguente alla scelta del rito non possa comunque superare i cinque anni¹³².

¹³⁰ Quello dell'assenza di limiti assoluti è un profilo che, pur essendo notevolmente problematico, non sembra, a quanto consta, essere mai stato sollevato in dottrina.

¹³¹ PADOVANI, *Il nuovo codice*, cit., p. 936.

¹³² Pur di impatto senz'altro minore, va comunque accolta con pieno favore la proposta di legge n. 668 – già approvata a larga maggioranza alla Camera dei deputati ed ora in discussione al Senato – che, modificando l'art. 442 c.p.p., esclude dall'ambito di operatività del rito abbreviato tutti i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

4.1.4 Uno sguardo complessivo sugli effetti degli interventi legislativi: il delitto di omicidio dal 1930 ad oggi

Dopo aver analizzato il susseguirsi di riforme legislative che hanno avuto per effetto il progressivo svuotamento delle comminatorie edittali, pare opportuno tracciare un quadro di sintesi di tali modifiche al fine di meglio lumeggiare quali eccessi caratterizzano la situazione attuale¹³³ in tema di comminatorie edittali. In linea di principio, avrebbero potuto essere analizzate, per far ciò, fattispecie incriminatrici le più varie, purché naturalmente già presenti all'epoca di emanazione del codice e rimaste invariate sotto il profilo della relativa struttura oggettiva e soggettiva. Si è tuttavia inteso fare riferimento al delitto di omicidio, in quanto tale figura di reato non solo risponde in pieno alle condizioni appena poste, ma rappresenta anche una costante criminologica¹³⁴ che, per la varietà della comminatoria legale di pena che vi accede (in origine, pena capitale, ergastolo e reclusione da ventuno a ventiquattro anni) risulta essere tra le più idonee ad illuminare il progressivo distacco che si è gradualmente verificato fra la minaccia di pena e la sua effettiva esecuzione. A tal fine possiamo ipotizzare il seguente caso: Tizio, poco più che ventenne, uccide il proprio padre in quanto esasperato per le continue vessazioni e violenze cui è sottoposto da anni; l'imputazione è omicidio doloso aggravato *ex artt. 575 e 576, n. 2), c.p.*

Abolita la pena di morte (1944), la pena prevista per tale delitto era (ed è tuttora) rappresentata dall'ergastolo. Sulla base del previgente regime di computo delle circostanze del reato, però, configurando l'art. 576 c.p. un'aggravante ad effetto speciale, quest'ultima era destinata a restare esclusa

¹³³ L'esame della situazione attuale verrà effettuato al netto degli interventi modificativi che si sono verificati a partire dal pacchetto sicurezza del 2001, i quali si inseriscono in una logica politico-criminale opposta a quella seguita finora e ai quali verrà quindi dedicato un autonomo capitolo. Cfr., *infra*, cap. 6.

¹³⁴ NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 79-80.

soggiacere al giudizio di comparazione, e quindi le diminuzioni conseguenti ad eventuali attenuanti (si potrebbe pensare alle generiche per la giovane età, alla provocazione per le vessazioni del padre, ed al risarcimento del danno) dovevano operare sulla pena dell'ergastolo. Così, constatata la presenza di tre attenuanti, la prima avrebbe avuto l'effetto di sostituire la pena dell'ergastolo con la reclusione da venti a ventiquattro anni, la seconda e la terza avrebbero poi inciso sulla pena così determinata, ma in nessun caso questa avrebbe potuto essere inferiore ad anni dieci, stante il limite minimo previsto dall'art. 67, c. 1, n. 2) c.p. È chiaro, però, che non essendo previsto alcun beneficio penitenziario, né misure alternative alla detenzione, al netto di eventuali amnistie o indulti la pena così determinata sarebbe stata comunque scontata per intero.

Attualmente, invece, il congiunto operare della riforma del 1974, del nuovo ordinamento penitenziario, nonché dei riti speciali muta ogni prospettiva. Innanzitutto, il giudice potrebbe ritenere, a seguito della nuova formulazione dell'art. 69 c.p., le ipotizzate attenuanti *prevalenti* rispetto alla contestata aggravante¹³⁵ ed operare così sul minimo della pena ben tre diminuzioni; a ciò potrebbe aggiungersi, però anche la diminuzione di un terzo conseguente all'eventuale scelta del rito abbreviato¹³⁶ da parte dell'imputato, con la conseguenza che il giudice ben potrebbe arrivare, in definitiva, a determinare la pena (e, si badi, senza nemmeno utilizzare per intero la riduzione fino ad un terzo delle circostanze attenuanti) in cinque anni di reclusione; in considerazione del fatto che i residui tre anni di pena possono essere espiati in regime alternativo al carcere (ad es., affidamento in prova ai

¹³⁵ La riforma dell'art. 69 c.p. ha avuto, tra l'altro, l'effetto di considerare come pena base non l'ergastolo, bensì la reclusione non inferiore ad anni ventuno prevista *ex art.* 575 c.p., con la conseguenza che non opera più il limite minimo pari a dieci anni di reclusione stabilito art. 67, c. 1, n. 2 c.p., bensì il solo e più blando limite di un quarto della pena base (Cass., sez. I, 5 maggio 1981, Lorenzo, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1964 ss.).

¹³⁶ Peraltro, avendo la diminuzione di rito natura processuale (cfr. di Chiara, *sub art.* 442, in GIARDA – SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, 2010, p. 5542 ss.), essa non incontra il limite minimo di cui all'art. 67 c.p. (CERQUA, *Riti alternativi*, cit., p. 1704).

servizi sociali), si giunge a far eseguire all'imputato due soli anni di pena detentiva, a fronte di una previsione legale che prevedeva l'ergastolo.

Peraltro, anche ipotizzando un caso del tutto diverso, ad esempio un parricidio determinato da motivi di eredità, in cui non è riconosciuta alcuna attenuante di sorta e la pena inflitta dal giudice è effettivamente quella dell'ergastolo, questa non sarebbe affatto scontata per intero. La perpetuità di tale pena, infatti, è divenuta, fin dalla modifica dell'art 176 c.p. (1962), esclusivamente teorica, poiché il condannato all'ergastolo che abbia tenuto una condotta tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento, può essere posto in libertà vigilata una volta scontati ventisei anni di reclusione, e con le modifiche intervenute successivamente la determinazione della pena che effettivamente viene scontata in una struttura detentiva è divenuta ancora più evanescente. In particolare, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo ordinamento penitenziario, è stato introdotto il nuovo istituto della liberazione anticipata, ma mentre da tale beneficio erano inizialmente esclusi i condannati all'ergastolo, successivamente la Corte costituzionale¹³⁷ ha corretto la scelta legislativa ed ha esteso anche a questi ultimi la possibilità di usufruire di tale beneficio; la l. 663/1986 ha poi proseguito sulla medesima strada, ratificando espressamente la decisione della Corte costituzionale. Inoltre, se si considera il fatto che, per espressa volontà di quest'ultima legge, i c.d. permessi premio possono essere concessi anche agli ergastolani, ne deriva che, per il congiunto operare della riduzione di quaranta giorni per ogni semestre di pena ai fini della liberazione anticipata, e della riduzione fino a quarantacinque giorni conseguente ai permessi-premio, un condannato all'ergastolo oggi potrebbe essere ammesso alla libertà condizionata dopo diciannove anni e sei mesi di

¹³⁷ Corte cost., 27 settembre 1983, n. 274 edita in *Foro it.*, 1983, p. 233 con nota di GREVI. Cfr. anche BERNARDI, *Ergastolo, semilibertà, liberazione anticipata*, in *Legisl. pen.*, 1984, p. 126 ss.

reclusione¹³⁸, alla semilibertà dopo sedici anni e venti giorni¹³⁹, e così godere nuovamente della piena libertà scontati quindici anni di reclusione.

È del tutto evidente che la situazione che si è sopra descritta risulta caratterizzata da ampie aree di problematicità, poiché non è seriamente pensabile, né credibile, che da una comminatoria edittale da ventuno a ventiquattro anni si possa infliggere una pena di soli cinque anni, di cui soltanto due effettivamente trascorsi in regime di detenzione. Senza considerare l'effetto esiziale che potrebbe verificarsi su tale situazione in caso di applicazione di un eventuale indulto: l'imputato potrebbe infatti scontare solo due giorni di carcere, ed il resto in affidamento in prova ai servizi sociali¹⁴⁰.

¹³⁸ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 679-680.

¹³⁹ ROMANO F., *La pena*, cit., p. 440.

¹⁴⁰ Cfr. la paradossale vicenda di Renato di Felice riportata dal quotidiano *La Repubblica* del 24 settembre 2007 (*Palermo, uccise la moglie che lo umiliava. Forse se la caverà con due giorni di carcere*, in www.repubblica.it). In breve, il fatto riguardava un marito che – stanco delle continue vessazioni che subiva dalla moglie – nel corso dell'ennesimo litigio, sferrava alla stessa due fendenti con un coltello a serramanico, uccidendola. Costitutosi immediatamente all'Autorità giudiziaria, rendeva piena confessione e veniva posto in stato di fermo per omicidio volontario aggravato, ma rilasciato due giorni dopo per carenza di esigenze cautelari. Scelto il giudizio abbreviato, il GUP riconosce all'imputato tutte le attenuanti del caso e lo condanna alla pena di sei anni di reclusione. Tuttavia, potendo lo stesso usufruire dell'indulto varato dal Parlamento nel 2006 (l. 31 luglio 2006, n. 241 sul quale cfr. le lucide osservazioni di PULITANÒ, *Seduzioni e costi della clemenza*, in *Dir. Pen. proc.*, 2006, p. 1061 ss.), la pena che in concreto egli deve scontare scende a tre anni, da cui vanno decurtati i giorni di pre-sofferto subiti in occasione del fermo, il che garantisce all'imputato il diritto di accedere alle misure alternative alla detenzione che, stante la presumibile assenza di pericolosità del soggetto, saranno con ogni probabilità concesse.

SEZIONE II: LA COMMINATORIA EDITTALE DI PENA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

4.2.1 Il principio di uguaglianza/ragionevolezza: analisi delle varie fasi di evoluzione della giurisprudenza costituzionale

Premessa – Chiarito il ruolo svolto dal legislatore nel tentativo di armonizzazione delle comminatorie di pena con il quadro di legalità costituzionale, possiamo ora procedere ad esaminare come tale esigenza di armonizzazione sia stata assolta da un diverso, ma altrettanto rilevante, protagonista dell'evoluzione delle cornici edittali di pena, e cioè la Corte costituzionale.

Senza dubbio, una delle prospettive più interessanti per l'osservazione e lo studio della giurisprudenza costituzionale in materia di cornici edittali di pena è rappresentata dal principio di uguaglianza/ragionevolezza *ex art. 3 Cost.*¹⁴¹. Ci sembra di poter giustificare questa affermazione sulla base di

¹⁴¹ In materia, cfr. i lavori di CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di uguaglianza; criteri generali ed ipotesi specifica di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2160 ss.; ID., *Nuove note sul principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 973 ss.; PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, c. 192 ss.; AGRÒ, *Sub art. 3*, in BARBERA – AGRÒ – ROMAGNOLI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Bologna, 1974, p. 156 ss.; BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 7 ss. (in partic. p. 18 ss.) LATAGLIATA, *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte diverse sotto un unico titolo di reato*, in *Giur. merito*, 1971, II, p. 94; PADOVANI, *La questione di legittimità costituzionale della pena del furto aggravato*, in *Scritti per Ermanno Graziani*, Pisa, 1973, p. 489 ss.; SPATOLISANO, *"Ragionevolezza" costituzionale*, cit., p. 116 ss.; ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1980, p. 200 ss.; FIANDACA, *Controllo penale sull'uso degli additivi alimentari e principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, p. 637 ss.; PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1984, p. 726 ss. (in partic. 726-745); CORBETTA, *Le cornici edittali di pena ed il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.; PALAZZO, *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 1309 ss.; SPASARI, *Riflessioni minime in tema di oltraggio e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2810 ss.; PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza della sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2815 ss.; MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss.; PAGLIARO, *Manifesta irragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2573 ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv.*

ragioni sia di tipo statistico-quantitativo sia di tipo propriamente giuridico-sostanziale. Con riferimento al primo ordine di ragioni, emerge dall'analisi della giurisprudenza costituzionale che la ragionevolezza costituisce di gran lunga il parametro più utilizzato dai giudici di merito per sollevare le questioni di legittimità costituzionale, e dalla stessa Corte costituzionale per accogliere tali questioni; detto parametro, quindi, assume un ruolo di primissimo piano nello studio della giurisprudenza costituzionale in tema di cornici edittali. Con riguardo, invece, alle ragioni propriamente giuridiche, non può non notarsi come il metro della ragionevolezza applicato alla materia penale costituisca la premessa per uno stuolo di problemi teorici ed applicativi, pressoché inesauribile. La causa di ciò non è particolarmente difficile da individuare: il principio di ragionevolezza, infatti, è uno dei parametri di giudizio più flessibili dell'intero ordinamento costituzionale, mentre la materia penale, al contrario, presenta caratteristiche diametralmente opposte, poiché si fonda su rigido nucleo di principi costituzionali che vogliono garantire che sia propria del solo legislatore la scelta sul *perché*, sul *come* e sul *quanto* punire¹⁴². Il tutto è poi ulteriormente complicato dal fatto che in questa materia la Corte si è sempre trovata, per così dire, tra due fuochi; da un lato, infatti, i terroristici¹⁴³ livelli edittali di pena presenti nel nostro ordinamento hanno creato e tuttora creano forte disagio nella giurisprudenza di merito che li deve applicare e, per tale ragione, quest'ultima ha iniziato, sin dalla fine degli anni '60, a sottoporre all'attenzione della Corte svariate questioni di legittimità con sempre maggiore insistenza, costituendo quindi per quest'ultima una vera e propria "spina nel fianco"; dall'altro lato, però, la Corte costituzionale ha spesso dovuto constatare che, pur esplicitamente sollecitato ad intervenire su

it. dir. pen. proc., 1998, p. 350 ss. (in partic. pp. 362-364 e 374 ss.); PRISCOLI-FIORENTIN, *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3810 ss.;

¹⁴² Per un'amplissima indagine su queste tre fondamentali questioni del diritto penale cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, IX ed., 2008.

¹⁴³ MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 160; LARIZZA, *Il principio di legalità*, cit., p. 128.

specifiche previsioni sanzionatorie microscopicamente incostituzionali, il legislatore ha quasi sempre latitato¹⁴⁴, così colpevolmente costringendo la Corte a prendere posizione anche laddove, forse, non avrebbe voluto¹⁴⁵.

L'interazione tra questi quattro fattori (*flessibilità* del criterio di ragionevolezza, *rigidità* dei presupposti fondativi dello *jus puniendi*, crescente *disagio* di applicare pene edittali smodatamente repressive, e colpevole latitanza del legislatore) è dunque alla base di plurime tensioni nella giurisprudenza costituzionale in tema di comminatorie edittali che, a loro volta, hanno profondamente condizionato quest'ultima, impedendole di evolversi su linee coerenti e facilmente ricostruibili. La giurisprudenza della Corte, infatti, risulta caratterizzata da fasi alternate in cui, dopo lunghi periodi di immobilismo sul fronte del controllo di costituzionalità delle previsioni sanzionatorie, seguono coraggiose prese di posizione in grado di segnare passaggi fondamentali nella storia moderna del diritto penale, le quali però, non raramente, vengono poi offuscate da significative regressioni che sembrano problematicamente riportare indietro l'orologio dell'evoluzione giurisprudenziale¹⁴⁶. Pur tenendo presenti queste difficoltà, e cioè il rischio “*di imporre coerenza ad una realtà che è disordine*”¹⁴⁷, è comunque possibile e utile tracciare un quadro abbastanza preciso dell'evoluzione della

¹⁴⁴ Cfr., *ex plurimis*, il commento di FIANDACA a Corte cost. n. 341 del 1994 in *Foro it.*, 1994, I, p. 2589 (sulla quale v., ampiamente, *infra* par. 4.2.4.2).

¹⁴⁵ Sul punto cfr. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte in tema di funzioni della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3203, laddove, facendo espresso riferimento alla sua preziosa esperienza in qualità di Giudice costituzionale, parla apertamente di “*sofferto dibattito*” in merito ad importanti decisioni (sia di accoglimento sia di rigetto) in tema di cornici edittali.

¹⁴⁶ È quanto si è verificato, ad esempio, secondo alcuni commentatori (SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 428 ss.) con la nota sent. 394 del 2006, ed anche, ad avviso di chi scrive, nella sent. n. 299 del 1992 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 122 c.p.m.p. laddove prevedeva, per il reato di “violata consegna”, una pena edittale che andava da due a ventiquattro anni. Ad analoghe conclusioni giunge, con riferimento alla sent. n. 313 del 1990 la quale, nel dichiarare incostituzionale l'originaria disciplina dell'art. 444 c.p.p., per la prima volta aveva indicato come proprio anche alla fase della minaccia legale della pena il fine della rieducazione (art. 27, c. 3, Cost.), FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006, p. 144.

¹⁴⁷ La citazione di MATZA, *Come si diventa devianti*, è ripresa da SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007.

giurisprudenza costituzionale in materia di ragionevolezza sulla misura edittale di pena, che ci consente di individuare in essa tre fasi sufficientemente distinte sul piano cronologico.

In particolare, possiamo identificare una *prima fase*, che perdura fino alla metà circa degli anni '70, in cui la Corte di fatto ignora le questioni di costituzionalità sollevate dai giudici di merito, liquidando le problematiche *ivi* evidenziate mediante un richiamo tranciante all'art. 28 della legge istitutiva della Corte costituzionale, e cioè affermando che la determinazione del giusto rapporto tra fatto e pena costituisce una valutazione di ordine puramente politico, in quanto tale riservata in via esclusiva al legislatore statale; il risultato di tale impostazione è che, salvo due lodevoli eccezioni, non si rinvenivano decisioni ablativo-comminatorie edittali di pena. Una *seconda fase*, segnata da un'importante sentenza del 1976, rappresenta invece l'avvio di una nuova stagione nella giurisprudenza costituzionale, in quanto la Corte, abbandonando i più rassicuranti lidi del principio *formale* di uguaglianza, entra per la prima volta nel merito della scelta legislativa, valorizzando con maggiore enfasi il principio di *ragionevolezza*, inteso come valutazione della legittimità del bilanciamento operato dal legislatore tra i diversi beni chiamati in causa dal ricorso all'arma della pena; il tutto, però, sempre e solo nell'ambito di pronunce che producevano effetti *in bonam partem*, che si estrisecavano in una declaratoria di incostituzionalità di comminatorie edittali particolarmente sproporzionate o irragionevoli. La *terza fase*, invece, che tuttora *in fieri*, è invece contrassegnata proprio dal superamento di tale limite da parte della Corte: con la nota sent. 394 del 2006, infatti, la Corte per la prima volta¹⁴⁸ rende operativo il principio della ragionevolezza anche nel caso in cui vengano in rilievo norme penali di favore.

¹⁴⁸ Il riferimento è alla nota sent. n. 148 del 1983, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1983, p. 846 ss. con cui la Corte aveva ammesso, senza poi accogliere la questione di costituzionalità in concreto sollevata, la possibilità per il Giudice delle leggi di sindacare una norma penale di favore.

Come pare subito evidente già da questa schematizzazione dell'analisi giurisprudenziale, tali e tante appaiono le relative sfaccettature e criticità che ognuna della predette fasi presenta, che si rende necessario dedicare ad esse uno specifico esame.

1.1.2 Prima fase: la cornice edittale di pena come “zona franca” – Come correttamente rilevato da importanti contributi dottrinali in materia¹⁴⁹, almeno fino alla fine degli anni settanta la giurisprudenza costituzionale appariva caratterizzata da un atteggiamento di rigoroso *self-restraint*¹⁵⁰, che sfociava nel sistematico rigetto delle eccezioni di legittimità costituzionale sollevate dalla giurisprudenza di merito. Le cadenze argomentative delle pronunce, come già anticipato, si caratterizzavano per il costante richiamo all'art. 28 della l. n. 87 del 1953 e, su tale base, si affermava l'impossibilità di sindacare i profili quantitativi delle opzioni sanzionatorie in materia penale, essendo queste ultime fondate proprio su quella valutazione di ordine politico che solo il legislatore è abilitato ad operare.

A quella che è stata a ragione definita una “*chiusura totale*”¹⁵¹ della Corte costituzionale rispetto alla possibilità di sindacare la legittimità della dosimetria sanzionatoria, è però venuta gradualmente a contrapporsi una crescente insofferenza da parte della giurisprudenza di merito, la quale ha iniziato a dare i primi segnali di disagio verso l'applicazione dei drastici livelli edittali di pena propri del codice penale fascista e talora anche della legislazione complementare. Occorre infatti ricordare, a questo proposito, che fino ai primi anni settanta la legislazione penale era caratterizzata, in misura ancora maggiore rispetto ad oggi, da un'impostazione sanzionatoria

¹⁴⁹ Cfr. l'accurata ricostruzione di CERRI, *Sindacato di costituzionalità*, cit., p. 2160 ss. e di PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene*, cit., p. 192 ss. V. anche AGRÒ, *Sub art. 3*, cit., p. 141 ss. e PIACENTINI, *Reati di insubordinazione*, cit., p. 371 ss.

¹⁵⁰ AGRÒ, *Sub art. 3*, cit., p. 141 ss.

¹⁵¹ PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., p. 727.

completamente carcerocentrica¹⁵², e da un sistema di cornici edittali “draconiane”¹⁵³ privo di tutti gli strumenti di “diluizione sanzionatoria” introdotti dalla riforma del 1974, dall’ordinamento penitenziario e dal nuovo processo penale.

Sulla spinta della pressione esercitata dai giudici di merito, alcune pronunce della Corte hanno così iniziato ad aprire alcune “brecce” nel granitico orientamento fino ad allora seguito, con le prime ammissioni della sindacabilità, in linea di principio¹⁵⁴, delle norme penali sul piano della costituzionalità del trattamento sanzionatorio, le quali non hanno mancato poi sfociate in (seppur rarissime) sentenze di accoglimento. In particolare, sotto quest’ultimo profilo, appaiono di particolare interesse due pronunce: la sent. n. 218 del 1974¹⁵⁵ (che – a quanto consta – è la prima decisione di accoglimento di una questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo alla comminatoria di pena) e n. 176 del 1976¹⁵⁶. Esaminiamole nel dettaglio.

La prima pronuncia riguardava l’art. 8 del r.d. 5 giugno 1939 n. 1016 (come modificato dalla l. 2 agosto 1967, n. 799) il quale, disciplinando gli illeciti previsti in materia di caccia, comminava la medesima pena sia per coloro che esercitavano l’attività venatoria in assenza di copertura assicurativa sia per coloro che, regolarmente assicurati, venivano sorpresi ad esercitare tale attività senza avere con sé il relativo contrassegno. Si trattava di un’ipotesi caratterizzata, all’evidenza, da una macroscopica irragionevolezza di fondo, da individuarsi nell’equiparazione a fini sanzionatori di condotte del tutto eterogenee sul piano naturalistico e, peraltro, poste a presidio di beni giuridici

¹⁵² Non aveva ancora visto la luce, infatti, la l. 689/1981 che ha rappresentato la prima vera scommessa legislativa sulla pena pecuniaria in Italia, del tutto obliterata dal codice del 1930 (sull’argomento si rinvia alla diffusa analisi monografica di GOISIS, *La pena pecuniaria. Un’indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008), nonché un’imponente opera di contrasto alla tendenza all’ipertrofia del diritto penale.

¹⁵³ PAPA, *La crescita miracolosa del bonsai: l’albero del patteggiamento allarga vistosamente la chioma, ma stenta a sviluppare le radici*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 865.

¹⁵⁴ Cfr tra le prime, Corte cost. 18 giugno 1963, n. 92; 23 marzo 1968, n. 11; 19 luglio 1969, n. 109.

¹⁵⁵ Edita in *Giur. cost.*, 1974, p. 1753 ss.

¹⁵⁶ Edita in *Giur. cost.*, 1976, p. 1090 ss.

non assimilabili¹⁵⁷; per questa ragione, la Corte perviene agevolmente ad un declaratoria di illegittimità della previsione sanzionatoria.

Del pari, con la seconda delle decisioni sopra citate, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 32, u. c., del r.d. 1016/1939 (come modificato dalla l. 2 agosto 1967, n. 799) che puniva con la pena della multa (si trattava quindi di un delitto) il porto “*delle armi da caccia con munizione spezzata e di arnesi per l'uccellazione*”. In questa seconda fattispecie, l'irragionevolezza è stata individuata dalla Corte nel fatto che i reati che, secondo lo schema tipico del delitto ostativo, attraverso l'imposizione del predetto divieto penale si mirava a prevenire erano esclusivamente di tipo contravvenzionale, mentre la previsione incriminatrice in parola era di natura delittuosa. In base al predetto sistema di tutela, il legislatore, come osserva la Corte, finiva quindi “*per punire come delitto l'inosservanza di un divieto diretto alla prevenzione di semplici contravvenzioni*”, così introducendo un'evidente irrazionalità in alcun modo giustificabile¹⁵⁸.

Queste pronunce appaiono senz'altro apprezzabili nel loro *decisum*, specie se si considera la temperie giuridico-culturale in cui sono maturate, che – non va dimenticato – vedeva anche una parte della dottrina sollevare diffuse perplessità sui limiti del sindacato di ragionevolezza¹⁵⁹; va però evidenziato che la Corte è comunque ben lontana dall'assumere quel ruolo *propulsivo* di

¹⁵⁷ Come notato in dottrina, e nello stesso senso si è orientata la Corte, “*chi manca di assicurazione può arrecare sensibili danni ai terzi, mentre chi non porta con se i documenti relativi può causare soltanto un intralcio alla pubblica amministrazione*”; così, PIACENTINI, *Reati di insubordinazione*, cit., p. 373.

¹⁵⁸ La lesione costituzionale, peraltro, risultava aggravata dal fatto che l'art. 1 della legge 24 dicembre 1975, n. 706 aveva depenalizzato le predette contravvenzioni, sanzionando le relative condotte esclusivamente in via amministrativa.

¹⁵⁹ PALADIN, *Un caso estremo nell'applicazione del principio di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1965, p. 620 ss.; nello stesso senso, PIACENTINI, *Reati di insubordinazione*, cit., p. 373-374 e p. 383. Perplessità che, invero, non hanno mai smesso di essere segnalate dalla dottrina: in proposito, cfr. DONINI – INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale – considerazioni introduttive*, in INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 17-18.

valori costituzionali nella legislazione sulla misura della pena che dovrebbe esserle proprio, come può desumersi in base almeno a tre ordini di ragioni.

α) Innanzitutto, va osservato che le predette pronunce vanno ad incidere su fattispecie su cui vi sarebbe da dubitare non solo sul *quantum* di pena, ma, in ossequio ai principi di sussidiarietà e offensività¹⁶⁰, anche sullo stesso *an* dell'incriminazione. In altri termini, si trattava di previsioni incriminatrici di scarsissimo rilievo, sulle quali, pertanto, la Corte ha potuto esercitare un sindacato più esteso di quello normalmente praticato in questa sede, senza timore di creare perniciosi vuoti di tutela¹⁶¹.

β) In secondo luogo, il sindacato di costituzionalità delle cornici edittali di pena operato in questa prima fase dalla Corte è stato giustamente definito “*sintomatico*”¹⁶², perché condotto essenzialmente alla luce di due criteri specificamente elaborati per la materia in esame: la “*macroscopica irragionevolezza*” della previsione sanzionatoria¹⁶³ e, soprattutto, “*l'insufficiente ponderazione della materia da parte del legislatore*”¹⁶⁴. Due criteri, però, che, per come risultano essere stati implementati in concreto, appaiono in realtà di scarsa pregnanza.

β1) Con riguardo al primo criterio, deve osservarsi che, se si eccettuano le due pronunce sopra segnalate, *in tutti gli altri casi la Corte ha sempre respinto le questioni di legittimità*, individuando sempre nella normativa sospettata di incostituzionalità, un elemento in grado di giustificare la differenziazione o l'equiparazione sul piano sanzionatorio operata da legislatore¹⁶⁵, talvolta ricorrendo anche ad argomenti seriamente discutibili. Sotto questo profilo, è paradigmatica la sentenza n. 162 del 1981¹⁶⁶ che ha

¹⁶⁰ PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 350 ss.

¹⁶¹ PIACENTINI, *Reati di insubordinazione*, cit., p. 383.

¹⁶² CERRI, *Nuove note*, cit., p. 973 ss.; ID., *Sindacato*, cit. p. 2163.

¹⁶³ Cfr., ad es., Corte cost., sent. 109 del 1968.

¹⁶⁴ Cfr., in particolare, le già sent. n. 218 del 1974 e 176 del 1976 sopra viste.

¹⁶⁵ CORBETTA, *La cornice edittale di pena*, cit., p. 143.

¹⁶⁶ Edita in *Giur. cost.*, 1981, p. 1483.

respinto un'eccezione di legittimità costituzionale relativa al trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 584 c.p. in tema di omicidio preterintenzionale (da dieci a diciotto anni), poiché – a dire dei giudici emittenti – irragionevolmente superiore a quello previsto dall'art. 18, c. 2 e 4, l. 194/1978 che, per i casi in cui dal delitto aborto preterintenzionale deriva la morte della gestante, prevede invece una pena da otto a sedici anni di reclusione. Orbene, sul piano della comparazione strutturale delle due norme, è agevole riscontrare che esse si trovano tra loro in rapporto di specialità per aggiunta e specificazione. Il delitto doloso di base nell'ambito dell'omicidio preterintenzionale è rappresentato sia dalle lesioni che dalle percosse, mentre nella fattispecie di cui all'art. 18, c. 2 e 4, l. 194/1978 può essere solo il delitto di lesioni; inoltre, l'oggetto materiale del reato è, nel caso della norma codicistica, chiunque, mentre, nel caso della norma penale complementare, è solo la donna. Sulla base di queste considerazioni, non sembra che vi siano valide ragioni per negare che queste due fattispecie debbano avere il medesimo trattamento sanzionatorio. Anzi, a ben vedere, mentre l'obiettività giuridica della fattispecie di cui all'art. 584 c.p. è la vita umana, in quella prevista dalla legge sull'interruzione di gravidanza è *anche* il diritto alla maternità della donna; quindi, il delitto in esame è reato plurioffensivo e, pertanto, se proprio si vuole trovare un elemento che giustifichi un diverso trattamento sanzionatorio per le due fattispecie in esame, questo – a rigore – dovrebbe portare ad una pena *più severa* per il primo delitto rispetto a quella prevista per il secondo. All'opposto, invece, il legislatore del 1978 ha previsto, per i fatti tipizzati dall'art. 18 l. 194/78, una pena di due anni inferiore, sia nel minimo che nel massimo, rispetto al rigoroso trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 584 c.p.

Alla luce di quanto si è detto poc'anzi sull'estrema cautela della Corte nell'esercizio dei propri poteri ablativi, non sorprende più di tanto rilevare

come essa, completamente trascurando le predette ragioni, abbia rigettato la questione di legittimità sollevata¹⁶⁷. Ciò che più appare criticabile, però, è la motivazione con cui la Corte ha provveduto a dichiararla infondata. Quest'ultima, infatti, afferma che nessuna comparazione potrebbe essere effettuata tra l'art. 584 c.p. e l'art. 18, c. 2 e 4, l. 194/1978, poiché, mentre la prima norma incriminatrice configura un autentico delitto preterintenzionale, la seconda è invece da qualificarsi come *“una circostanza aggravante speciale che porta a configurare un reato appunto aggravato dall'evento, e non già un delitto preterintenzionale secondo la previsione di cui all'art. 43 del codice penale. Bastano questi rilievi per escludere che la fattispecie prevista e punita dall'art. 18, quarto comma in relazione al secondo comma, della legge n. 194 del 1978 possa correttamente porsi a raffronto con quella di cui all'art. 584 del codice penale, senza che occorra indulgere ad ulteriori approfondimenti della complessa tematica penalistica nella quale si inquadra la questione sollevata dai giudici a quibus”*.

Non è invero molto difficile cogliere le criticità che connotano il ragionamento operato dalla Corte. In primo luogo, non risulta corretto parlare di *“circostanza aggravante speciale che configura un delitto aggravato dall'evento”*, poiché questa affermazione confonde strutture d'illecito diverse, generalmente poste in alternativa tra di loro, nel senso che si discute se qualificare un certo evento come circostanza del reato o come elemento aggravatore del delitto di base. Al di là dell'improprio accostamento, comunque, il vero *punctum dolens* dell'impianto motivazionale su cui poggia la pronuncia in esame è che il differente assetto strutturale delle fattispecie, di per sé, è *“un dato muto, neutrale, o meglio formale, che ovviamente nulla dice sulla diversità o identità sostanziale o di contenuto significativo delle*

¹⁶⁷ Da segnalare che, nello stesso anno, un'identica questione di costituzionalità era stata sollevata dinanzi alla Corte di cassazione la quale, però, al pari della Corte costituzionale, ne aveva dichiarato la manifesta infondatezza (cfr. Cass., 5 febbraio 1981, in *Giust. pen.*, 1982, p. 40 ss.).

medesime”¹⁶⁸. La ritenuta impossibilità di una valida comparazione tra le fattispecie in esame è sostenuta sulla base di un argomento fragile, e cela in realtà la perduranza di quell’atteggiamento di *self-restraint* che sistematicamente caratterizza il sindacato di costituzionalità in questa materia.

β2) Venendo, ora, all’esame del secondo criterio su cui fa in genere appello la Corte, cioè il criterio della “*insufficiente ponderazione del legislatore*”¹⁶⁹, al di là del fatto che si tratta di un criterio che impegna la Corte su un terreno, quello della ricerca della *voluta legislatoris*, tutt’altro che agevole, va comunque rilevato come, anche in questo caso, la Corte abbia sempre concluso nel senso che vi erano elementi per dire che la scelta sanzionatoria fosse stata ponderata. Inoltre, questo peculiare criterio è una conferma lapalissiana del fatto che la Corte, in realtà, si astiene dal compiere qualunque valutazione di merito costituzionale: non è infatti per nulla decisivo sapere se la scelta normativa è stata ponderata o non dal legislatore, perché ciò rileva è che il frutto di questa ponderazione, cioè la scelta sanzionatoria per quel che qui interessa, sia costituzionalmente legittima.

Da ultimo, il ricorso a siffatto criterio è criticabile in quanto è tra i principali fattori causali del “ritardo” con cui si è sviluppata la giurisprudenza costituzionale nella materia oggetto di indagine. È chiaro infatti che, mentre è agevole applicare questo criterio nel caso in cui la scelta sanzionatoria si collochi all’interno di un *unico contesto legislativo*, lo è assai meno nel caso in cui i *tertia comparationis* siano contenuti in disposizioni normative appartenenti a contesti legislativi del tutto diversi, e dunque a volontà legislative diverse. È questa verosimilmente la ragione in virtù della quale la Corte ha, tendenzialmente, mostrato un’apertura maggiore (*rectius*: una

¹⁶⁸ PALAZZO, *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio*, cit., p. 1316.

¹⁶⁹ In particolare, come segnala CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di uguaglianza*, cit., p. 2163, la Corte nutre il timore che – nella fretta di legiferare – il legislatore abbia affastellato, appunto senza una sufficiente “*ponderazione*”, entro un’unica disciplina sanzionatoria condotte affatto diverse, così generando il sospetto di un’incostituzionalità della disciplina stessa.

chiusura minore) quando ha dovuto vagliare ipotesi di sospetta *parificazione sanzionatoria* rispetto a quando ha dovuto invece vagliare casi di sospetta *discriminazione sanzionatoria*; con riguardo al secondo gruppo di casi, infatti, la Corte ha ammesso il controllo di costituzionalità in consistente ritardo rispetto a quanto avvenuto con riguardo al primo gruppo di casi ed in misura comunque decisamente più contenuta¹⁷⁰.

Sulle ragioni che potrebbero spiegare questa sfasatura nella giurisprudenza vi sono varie opinioni in dottrina. Si è affermato¹⁷¹, ad esempio, che, in caso di ingiustificate parificazioni sanzionatorie, la Corte avrebbe avvertito come “*meno pericoloso*” entrare nel merito della scelta normativa, in quanto l’esigenza costituzionale di fondo da tutelare è la salvaguardia del reo da una discrezionalità giudiziale troppo ampia. Effettivamente, in scia con quanto afferma questa dottrina, si può supporre l’esistenza di una correlazione diretta tra il numero delle classi di condotta che il legislatore riconduce ad uno stesso quadro edittale e l’estensione di quest’ultimo, nel senso che l’effetto che consegue all’unificazione *quoad poenam* di varie condotte materiali, che possono rappresentare gradi di offesa al bene giuridico tutelato anche significativamente diversi tra loro, è il dilatarsi dei limiti edittali di pena, di guisa da consentire al giudice di meglio individualizzare la pena. Il che potrebbe dare luogo, oltre che ad una violazione del principio di legalità della pena¹⁷², ad un aumento delle probabilità che si verifichino in concreto disparità di trattamento¹⁷³. Essendo

¹⁷⁰ Cfr. le pronunce, tutte di rigetto, n. 45 del 1967; 109 del 1968; 15, 22, 76 del 1971; 8, 160 del 1973.

¹⁷¹ PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura della pena*, cit., p. 195.

¹⁷² Su questo punto cfr., *infra*, par. 4.2.2.

¹⁷³ Paradigmatica, in questo senso, è la previsione incriminatrice di cui all’art. 73 d.P.R. 309/1990 che incrimina ben diciassette condotte diverse riconnettendovi un’unica sanzione, che spazia però, non a caso, da sei a vent’anni di reclusione.

dunque in gioco una esigenza di tutela chiaramente *pro reo*, ciò potrebbe aver indotto la Corte ad un atteggiamento di *self-restraint* meno rigoroso¹⁷⁴.

Tuttavia, pur potendosi ritenere plausibili queste osservazioni, è difficile pensare che siano le stesse che hanno indotto la Corte a muoversi con minor cautela nei casi di ingiustificata parificazione sanzionatoria. Sembra più ragionevole ritenere che ciò sia in realtà una conseguenza inevitabile del fatto che, quando ricorrono simili casi, il controllo di costituzionalità è “*endo-normativo*”¹⁷⁵ (cioè una sola disposizione che prevede un unico trattamento per condotte diverse) o, al limite, endo-legislativo, (cioè le disposizioni comparate appartengono al medesimo provvedimento legislativo, come nel caso deciso dalla sent. n. 218 del 1974 sopra vista). Questa unicità del contesto legislativo di riferimento rende decisamente più agevole condurre la verifica di costituzionalità al lume del criterio della “*sufficiente ponderazione*” della scelta legislativa, mentre ciò avviene con maggiori difficoltà laddove le disposizioni assunte come *tertia comparationis* si trovino in un diverso settore legislativo. In quest’ultimo caso, infatti, è possibile che siano poste a raffronto fattispecie collocate nel codice penale e fattispecie collocate nella legislazione speciale, ovvero, fattispecie poste in titoli diversi del codice penale stesso, con il rischio che si chieda alla Corte una comparazione tra previsioni sanzionatorie formatesi in una temperie politico-legislativa del tutto differente (si pensi al caso appena visto che poneva a confronto l’omicidio preterintenzionale e la morte conseguente ai casi di aborto preterintenzionale), magari destinate a tutelare beni giuridici dissimili¹⁷⁶. Se si resta, invece,

¹⁷⁴ *Contra PAPA, Considerazioni*, cit., p. 730 (nota 13) il quale rileva come questa lettura possa essere facilmente capovolta, senza perciò perdere di razionalità. Potrebbe parimenti sostenersi, infatti, che laddove la forbice edittale sia troppo ridotta, il principio di uguaglianza ne risulterebbe ugualmente leso, poiché verrebbe impedito “*al giudice di accostarsi alla individualità dei fatti, per realizzare una completa ed effettiva uguaglianza di trattamento*”.

¹⁷⁵ PIZZORUSSO, *Le norme*, cit., p. 195-196.

¹⁷⁶ È il caso della questione di legittimità costituzionale della pena edittale del furto, fondata sulla comparazione di quest’ultima con i quadri edittali previsti per le lesioni personali dolose, questione respinta con la sentenza n. 22 del 1971, per la totale diversità dei beni giuridici comparati. Cfr., sul

nell'ambito di un unico contesto legislativo, risulta più chiaro, per riprendere le parole della Corte, il “*piano d'azione del legislatore*”¹⁷⁷, e maggiori sono quindi le probabilità di un esito positivo del sindacato di costituzionalità.

γ) Per quanto concerne invece il terzo ordine di ragioni critiche verso il sindacato di ragionevolezza sulla misura della pena, come impostato in questa prima fase, va comunque evidenziato che l'aspetto più problematico è che, *pur esprimendosi spesso in termini di ragionevolezza, la Corte fa sempre riferimento, in realtà, al diverso principio di uguaglianza in senso formale*. La predilezione della Corte per una prospettiva di controllo di costituzionalità di tipo formale si ritiene non sia affatto una scelta casuale. Proprio la sua natura di *parametro di liceità costituzionale a fondamento logico-formale*¹⁷⁸, infatti, consente alla Corte di evitare incursioni sul terreno delle scelte di merito compiute dal legislatore e, quindi, di valutare essa stessa la correttezza e la legittimità del bilanciamento tra i beni costituzionali sempre sotteso ad un'opzione normativa di carattere penale. Il ragionamento sulla base del quale si struttura il giudizio di costituzionalità su base egualitaria richiede, infatti, esclusivamente di verificare se il trattamento giuridico riservato dal legislatore ad una determinata situazione di fatto sia giustificato alla luce di altro e diverso trattamento giuridico riservato ad altra situazione di fatto che si assume identica alla prima¹⁷⁹; il che, però, assicura solo che la scelta legislativa sia razionale, e non che sia costituzionalmente giusta¹⁸⁰.

Questa concezione dell'uguaglianza in termini di mera razionalità della scelta normativa è ben diversa dall'uguaglianza intesa come ragionevolezza.

punto, SPATOLISANO, “*Ragionevolezza*” costituzionale, cit., p. 116 ss.; PADOVANI, *La questione di legittimità costituzionale*, cit., p. 489 ss.; RODOTÀ, *Nuove frontiere*, cit., p. 135 ss.

¹⁷⁷ Corte cost. n. 9 del 1972.

¹⁷⁸ CORBETTA, *La cornice edittale di pena*, cit., p. 139.

¹⁷⁹ Questo, naturalmente, si riflette anche sul piano della *struttura* del giudizio di costituzionalità, che è necessariamente triadico, in quanto implica sempre il raffronto fra tre situazioni normative; la prima è quella sottoposta a scrutinio di costituzionalità, la seconda è quella che funge da *tertium comparationis*; la terza è il principio di uguaglianza.

¹⁸⁰ Nello stesso senso CERRI, *Sindacato di costituzionalità*, cit., p. 2166 il quale rileva come, significativamente, la Corte parli sempre di *razionalità* e mai di *giustizia*.

In quest'ultima ipotesi, infatti, la Corte giunge a sindacare direttamente il *merito costituzionale* della scelta legislativa, cioè la *giustizia* del sacrificio imposto dal legislatore ad un certo bene giuridico per tutelarne un altro. Per questa ragione, il controllo di costituzionalità non richiede necessariamente la previa individuazione di una norma giuridica (che si assume costituzionalmente legittima e) che funge da *tertium comparationis*, ma può essere esplicito sulla scorta dello stesso principio di ragionevolezza, eventualmente in combinato disposto con altri parametri costituzionali. Con specifico riguardo al tema che qui interessa, cioè la ragionevolezza del *quantum* di pena, ciò significa che lo scrutinio di ragionevolezza in senso proprio vaglia non che la pena inflitta per una fattispecie di reato sia congrua rispetto ad altra pena prevista per una fattispecie che si assume analoga alla prima, ma che sia stata rispettata, da parte del legislatore, la necessaria *proporzione* tra misura quantitativa del sacrificio imposto alla libertà personale e rilevanza costituzionale del bene tutelato attraverso questo sacrificio¹⁸¹. Ciò spiega le ragioni per le quali questa seconda tipologia di sindacato sia penetrata nella prassi giurisprudenziale della Corte non senza difficoltà e soltanto dopo un lungo *iter* di pronunce negative; il rischio (elevatissimo) era, e tuttora è, quello di “*far prevalere scelte di politica criminale affidate ai giudici costituzionali piuttosto che al potere legislativo*”¹⁸².

L'interazione di questi tre fattori (scarsissima offensività delle fattispecie dichiarate incostituzionali, ricorso a criteri inadeguati, e verifica limitata alla razionalità formale della scelta penale), ha di fatto determinato una sorta di “*stasi valoriale*” nella giurisprudenza costituzionale che ha impedito alla Corte di rendersi latrice effettiva delle esigenze di giustizia

¹⁸¹ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 19 ss. (in particolare, nt 9).

¹⁸² PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità*, cit., p. 727.

costituzionale delle leggi, anche penali, riducendola, problematicamente, al ruolo di mera garante dell'eguaglianza paritaria; un ruolo senza dubbio ossequioso delle prerogative parlamentari, ma di corto, anzi cortissimo, respiro.

4.2.1.2 *Seconda fase: la sentenza n. 26 del 1979* – Questa situazione, però, subisce la prima e decisiva inversione di tendenza con la sentenza n. 26 del 1979¹⁸³; con essa, infatti, la Corte per la prima volta supera le tradizionali resistenze che, come visto, hanno caratterizzato la sua giurisprudenza, per dare ingresso ad un sindacato costituzionale di portata decisamente più radicale.

L'occasione per operare questo profondo rinnovamento giurisprudenziale è offerta da uno dei settori che – come vedremo meglio nel prosieguo – presenta, ancora oggi, le maggiori tensioni con i principi costituzionali vigenti in materia di misura delle pene, ovvero, il diritto penale militare. Prima di evidenziare i passaggi motivazionali più salienti della sentenza in esame, è necessario chiarire, in estrema sintesi, le norme incriminatrici per le quali era stato sollevato l'incidente di costituzionalità.

L'art. 186, c. 1, c.p.m.p. – nella sua formulazione originaria¹⁸⁴ – prevedeva il reato di insubordinazione violenta verso il superiore ufficiale, comminando la pena dell'ergastolo con degradazione¹⁸⁵ nel caso la condotta violenta si estrinsecasse in atti integranti le fattispecie di omicidio volontario, tentato o consumato, omicidio preterintenzionale, lesioni personali gravi o gravissime. Orbene, risulta certo agevole riscontrare che con questa norma il legislatore – in un ottica di tutela esasperata della disciplina militare – ha

¹⁸³ Sent. 5 maggio 1979, n. 26 pubblicata in *Giur. Cost.*, 1979, I, p. 288 ss.

¹⁸⁴ L'articolo in commento è stato integralmente novellato dall'art. 1 l. 26 novembre 1985, n. 689 e prevede ora la pena da uno a tre anni per l'insubordinazione con violenza; se quest'ultima, però, è esercitata nelle forme dell'omicidio, del tentato omicidio, dell'omicidio preterintenzionale, ovvero, della lesione grave o gravissima si applicano le pene previste per le corrispondenti fattispecie previste dal codice penale comune, eventualmente aumentate fino a un terzo.

¹⁸⁵ Originariamente era prevista la pena di morte.

irragionevolmente equiparato situazioni sostanziali diversissime tra loro, prevedendo per le stesse un'unica – per di più fissa e perpetua – pena detentiva. In particolare, l'incidente di costituzionalità era incentrato sull'equiparazione *quoad poenam* tra omicidio e tentativo di omicidio, equiparazione della quale si evidenziava l'illegittimità costituzionale sotto un duplice profilo; violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost); violazione del principio di rieducazione del reo (art. 27, c. 3, Cost.)

La Corte, come si anticipava, accoglie la questione di legittimità costituzionale, addirittura estendendo la dichiarazione di illegittimità ad altre aspetti della norma che non erano stati presi in considerazione dai giudici remittenti.

Il punto di avvio del ragionamento operato dalla Corte è la constatazione che tradizionalmente il diritto penale – sia comune (art. 56 c.p.) sia militare (art. 46 c.p.m.p.) – distingue il delitto consumato dal delitto tentato, prevedendo per tali (autonome) fattispecie di reato due distinte cornici edittali di pena; pertanto, risulta evidente che la disposizione di cui all'art. 186 c.p.m.p. si pone come *eccezione* rispetto a quello che la Corte definisce un principio generale del diritto positivo. Ciò – come rileva la sentenza – non è di per sé costituzionalmente illegittimo, poiché è nella discrezionalità del legislatore derogare a tale principio, se la materia oggetto di normazione penale – per le sue caratteristiche oggettive – necessita di una tutela rafforzata che renda opportuno o necessario potenziare il presidio penale, equiparando l'ipotesi tentata a quella consumata. Tuttavia, il legislatore deve necessariamente far emergere queste necessità, altrimenti l'introduzione dell'equiparazione in parola finisce per costituire non il soddisfacimento di un ragionevole interesse di politica criminale, ma un ingiustificato arbitrio normativo, ed è proprio quanto si è verificato con la disposizione codicistica in esame. Essa infatti, come spiegato dalla Corte, “*ricomprende ed appiattisce in*

un'unica ipotesi delittuosa (quella dell'insubordinazione con violenza) distinte condotte tipiche, nettamente differenziate nei loro elementi oggettivi e soggettivi", poiché ad assumere rilevanza determinante è la lesione dell'interesse giuridico tutelato in via immediata da essa, e cioè il rapporto di subordinazione gerarchica in ambito militare. Ma così facendo, e si viene quindi al passaggio chiave della sentenza, il legislatore *"ha operato uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco, antepoendo 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"*. L'equiparazione sanzionatoria tra omicidio consumato e tentato, quindi, è del tutto arbitraria e per ciò stesso contraria al principio di ragionevolezza.

La Corte, peraltro, si spinge ancora oltre. Facendo ricorso ai poteri ad essa conferiti dall'art. 27 della l. 87/1953, essa ha dichiarato l'illegittimità consequenziale anche della parte della disposizione impugnata che equiparava *quoad poenam* anche l'omicidio preterintenzionale e le lesioni personali gravi o gravissime, se commesse verso il superiore ufficiale¹⁸⁶; ciò sulla base del fatto che se lo squilibrio è già costituzionalmente illegittimo con riferimento all'eguale sanzione prevista per l'omicidio consumato e tentato, a maggior ragione lo è con riguardo all'equiparazione anche dell'omicidio

¹⁸⁶ La Corte, inizialmente, ha deciso di non utilizzare i poteri di cui all'art. 27 l. 87/1953 anche con riferimento alla seconda parte dell'art. 186, concernente le lesioni gravi o gravissime arrecate al superiore *non ufficiale*. La conseguenza, però, era paradossale; mentre, a seguito della declaratoria di incostituzionalità, per i fatti di lesione grave e gravissima in danno del superiore ufficiale si sarebbero rimesse le norme di diritto penale comune con le relative pene (cioè la reclusione da tre a sette anni nel primo caso e da sei a dodici anni nel secondo), per le medesime lesioni in danno del superiore non ufficiale, stante la scelta della Corte di non dichiarare l'illegittimità consequenziale, seguiva ad applicarsi la disposizione codicistica militare, e dunque la reclusione da sette a quindici anni. Questa scelta, forse dettata dalla necessità di non estendere ulteriormente il proprio sindacato, già spintosi molto oltre il *petitum* come definito dalle ordinanze di rimessione, fu giustificata con la considerazione che era prossima una riforma globale del codice penale militare, cui si demandava il compito di sanare l'evidente irrazionalità. Tuttavia, la riforma ebbe la luce solo diversi anni dopo, e pertanto la Corte, con la sent. 20 maggio 1982 n. 10, ha provveduto a rimuovere anche questa parte della disposizione.

preterintenzionale (dove l'evento morte, a differenza del tentativo di omicidio, non è voluto dall'agente) e alle lesioni personali (dove il bene giuridico leso non è la vita, ma l'integrità fisica).

Come subito sottolineato dalla dottrina¹⁸⁷, la sentenza è senz'altro da salutarsi con favore; l'abbandono del terreno assiologicamente neutro del principio di uguaglianza e l'approdo verso un più stringente sindacato di merito costituzionale costituiscono il punto di avvio per una nuova fase giurisprudenziale in tema di misura della pena, perché la Corte ha finalmente ricordato al legislatore egli non ha solo un obbligo di "ponderazione" specifica della scelta normativa, ma ha altresì il dovere – tutto sostanziale – di *rispettare l'ordine gerarchico dei beni giuridici, come definito dalla Carta costituzionale*. Si tratta di una presa di posizione che riecheggia chiaramente la teoria risalente a Bricola il quale – nell'ambito dello sforzo profuso dall'illustre Autore per la costruzione del "*volto costituzionale*" del reato – afferma la necessità di una comparazione costituzionalmente guidata tra il bene superiore della libertà personale e l'interesse contingentemente tutelato dalla norma penale, ma anche – come conseguenza logica – una comparazione per così dire *interna* alla stessa norma penale nella sua parte sanzionatoria, nella quale non deve mancare il riflesso di quell'originaria gerarchia tra bene tutelato e bene sacrificato desunta dalla Costituzione¹⁸⁸.

Naturalmente, non ogni aspetto della sentenza è pienamente condivisibile; in particolare, non lo è il passaggio motivazionale in cui si afferma che il diritto penale italiano si ispira tradizionalmente al principio di distinzione *quoad poenam* tra delitto tentato e delitto consumato, come confermano gli artt. 56 c.p. e 43 c.p.m.p., e una eventuale deroga a tale principio – pur legittima in sé considerata – deve quindi trovare idonea

¹⁸⁷ ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza*, cit., p. 200 ss.; PIACENTINI, *Reati di insubordinazione militare*, cit., p. 373 ss.

¹⁸⁸ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 19 (nota 9).

giustificazione sul piano razionale. Appare chiaro, però, che, così ragionando, ci si muove ancora in un logica di uguaglianza paritaria; il legislatore, cioè, pone il principio base e le relative deroghe e, se il rapporto così stabilito cade al di fuori di uno schema di razionalità, la disposizione derogatoria è incostituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost. Così opinando, però, si ricade nella contraddizione logico-giuridica di “interpretare le norme costituzionali in materia penale alla luce delle norme ordinarie”¹⁸⁹. Il dovere primario dell'interprete è riempire il reato di contenuto costituzionale, e non i precetti costituzionali di esigenze repressive, e per questa ragione si deve tenere presente che la distinzione in punto pena tra delitto tentato e delitto consumato risulta sì un principio cardine del diritto penale liberale (anzi, uno dei fondamentali “*banchi di prova*”¹⁹⁰ del tasso di oggettivismo nel diritto penale), ma soprattutto è il riflesso del principio costituzionale di necessaria lesività del reato ai sensi degli artt. 25, c. 2, e 27, c. 1 e 3, Cost.¹⁹¹. Il problema non è, dunque, che l'equiparazione sanzionatoria tra le due diverse forme di offesa del bene giuridico (l'una di pericolo, l'altra di danno) deroga ad un principio generale ordinario, ma che deroga in via immediata ad un autonomo principio costituzionale che impone di distinguere la pena prevista in tema di delitto consumato da quella prevista in tema di delitto solo tentato.

Al di là di questi rilievi, comunque, la pronuncia va pienamente condivisa, anche per un altro aspetto di considerevole importanza. L'art. 51 c.p.m.p. dispone che – se ricorre una sola circostanza attenuante – alla pena dell'ergastolo si sostituisce la pena della reclusione da venti a ventiquattro anni, mentre l'art. 52 c.p.m.p. dispone che – se ricorrono più circostanze attenuanti – si applicano le disposizioni di cui al codice penale comune (art. 63

¹⁸⁹ MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 172; nello stesso senso, ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza*, cit., p. 206.

¹⁹⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, p. 375.

¹⁹¹ Sul punto, pionieristicamente, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 81 ss.

ss. c.p.), specificando però che la pena della reclusione non può essere inferiore ad anni quindici. La Corte, quindi, avrebbe potuto glissare sulla (evidente) violazione sostanziale, semplicemente affermando che l'incongruità tra reato e pena rilevata a livello di comminatoria edittale si sarebbe poi risolta in concreto attraverso l'applicazione anche di una sola circostanza attenuante che avrebbe ristabilito una significativa differenza sanzionatoria tra l'omicidio consumato e la corrispondente fattispecie tentata¹⁹². Tuttavia, diversamente da quanto è avvenuto in altre occasioni¹⁹³, la Corte decide di non percorrere questa scorciatoia, e di censurare nel merito la scelta legislativa, indipendentemente dai correttivi offerti dal diritto positivo.

Naturalmente, in linea generale, l'atteggiamento della Corte in tema di sindacato sulla misura della pena resta comunque di cautela, come conferma la giurisprudenza successiva¹⁹⁴ alla sent. 26/1979, ed in particolare la sentenza n. 72 del 1980¹⁹⁵, emessa proprio con riferimento al reato di insubordinazione. Tale pronuncia – ricca di riferimenti storici e comparatistici – aveva ad oggetto gli artt. 186 (insubordinazione con violenza) e 189 (insubordinazione con minaccia e ingiuria) c.p.m.p. nella parte in cui distinguevano *quoad poenam* a seconda che l'insubordinazione sia rivolta al superiore ufficiale o al

¹⁹² Il compito sarebbe stato agevolato anche dal fatto che, in materia di circostanze attenuanti comuni, il c.p.m.p. rinvia a quelle descritte dal codice penale e, dunque, anche alle circostanze attenuanti generiche *ex art. 62 bis c.p.*, la cui applicazione in caso di delitto tentato poteva fondatamente basarsi sullo stesso fatto della mancata consumazione del reato, senza che ciò contravenisse al divieto di *bis in idem*, poiché questo dato non avrebbe potuto essere valutato in sede di commisurazione in senso stretto della pena, stante il carattere fisso di quella prevista dall'art. 186 c.p.m.p. (ergastolo), e dunque avrebbe potuto trovare spazio solo in sede di commisurazione in senso lato.

¹⁹³ Appare significativo, sotto questo profilo, che la sentenza non operi, in nessuna parte, alcun richiamo a propri precedenti pronunce; solo un generico accenno collocato all'inizio della parte in diritto, alla "giurisprudenza costante" della Corte.

¹⁹⁴ Cfr. le sent. 1/1982, pubblicata in *Foro it.*, 1982, I, p. 637 ss. (con nota adesiva di FIANDACA, *Controllo penale sull'uso degli additivi alimentari e principio di uguaglianza*) che dichiara non fondata la questione di legittimità relativa alla riconduzione entro un unico quadro edittale della condotta di chi utilizza additivi chimici non autorizzati e chi utilizza additivi autorizzati, ma viola le modalità d'impiego (art. 5, lett. g), e 6 l. 283/1962); sent. n. 7 del 1987, che rigetta la questione relativa alla mancata differenziazione sanzionatoria tra omicidio colposo commesso in danno di prossimi congiunti e in danno di persone estranee; sent. n. 285 del 1991 (in *Cass. pen.*, 1992, p. 23 ss. con nota di MANZIONE, *Armi giocattolo prive di tappo rosso: nuova legge, nuova querelle?*).

¹⁹⁵ Corte cost., sent. 20 maggio 1980, n. 72.

superiore non ufficiale. La Corte, infatti, pur non nascondendo che tale regime giuridico “*sia per più aspetti opinabile*”, ritiene che la scelta legislativa “*risponda ad uno scopo pur sempre operante nell’ambito della discrezionalità*”, e che sfugga dunque alla censura di incostituzionalità.

Dopo la sent. n. 26 del 1979, la giurisprudenza in materia di sindacato sulla misura della pena ha dunque acquisito un ulteriore e fondamentale “punto di osservazione” costituzionale della pena edittale. Quest’ultima costituisce il precipitato normativo del bilanciamento tra il bene della libertà personale e il bene tutelato dalla norma incriminatrice; una spia fedele degli eventuali eccessi ed arbitri del legislatore che, dopo la sentenza in parola, la Corte è autorizzata a *giustiziare* oltre gli angusti limiti della razionalità come puro limite formale. Successivamente a questa sentenza, la Corte, pur ispirandosi a criteri di massima cautela, ha mantenuto fede a questo nuovo corso, dandone prova – diverso tempo dopo – con la sent. n. 341 del 1994 in materia di oltraggio a pubblico ufficiale. Di essa si darà ampiamente conto in seguito¹⁹⁶, poiché è di fondamentale importanza per la valorizzazione del principio di rieducazione del reo; possiamo, però, evidenziare sin d’ora che in essa non mancano plurimi riferimenti alla *ragionevolezza* intesa come correttezza del bilanciamento legislativo dei beni in gioco, ritenuta violata dalla previsione di un minimo edittale manifestamente eccessivo, e dunque contrario agli artt. (27, c. 3, e) 3, c. 2, Cost.¹⁹⁷.

4.2.1.3 *Terza fase: la sentenza 364 del 2006* – Comune a tutta la giurisprudenza fin qui esaminata, sia *pre* sia *post* sent. 26 del 1979, era però un limite che, in concreto, la Corte non aveva mai superato. In tutte le sentenze di accoglimento finora esaminate, il sindacato di costituzionalità *era*

¹⁹⁶ Cfr., *infra*, par. 4.2.4.2.

¹⁹⁷ Coglie questa analogia tra le sent. 26 del 1979 e 341 del 1994, CORBETTA, *La cornice edittale*, cit., pp. 147-148.

infatti sempre impostato esclusivamente a favore del reo. A dire il vero, ancora prima, quasi nessuna ordinanza di rimessione aveva mai posto una questione di legittimità in modo tale che l'eventuale pronuncia di accoglimento potesse determinare effetti *in malam partem*, sicuro preludio, questo, ad una decisione di inammissibilità. Questa situazione, però, è stata apertamente capovolta con una pronuncia che, sul piano dell'importanza nel panorama giurisprudenziale sulla misura della pena, è quanto meno pari alla sent. 26 del 1979 poc'anzi esaminata; con la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 2006, infatti, quel limite è stato ampiamente superato, sollevando una congerie di dubbi interpretativi e sistematici non ancora del tutto risolti. Data la sua grande rilevanza e l'attenzione che ha destato nella riflessione penalistica, appare necessario esaminarla a fondo, non prima, però, di aver operato alcune precisazioni circa l'angolo visuale da cui si intende approfondire l'analisi della predetta pronuncia.

Autorevoli (e numerosi) commentatori¹⁹⁸ hanno già avuto occasione di vagliare a fondo la sentenza in esame, chiarendone il significato, la portata, nonché evidenziandone le non poche ambiguità; l'analisi che di tale sentenza è necessario operare in questa sede è perciò di taglio differente, in quanto più che sullo studio dei contenuti della pronuncia e sulla chiarificazione di questi ultimi, l'attenzione sarà concentrata sui rapporti tra la nozione di ragionevolezza accolta in tale sentenza e quella che emerge dal quadro giurisprudenziale finora tracciato, al fine di evidenziarne analogie e differenze, e così definire se, ed eventualmente come, detta pronuncia abbia influito sui

¹⁹⁸ Tra i molti, oltre al già citato SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità*, cit., p. 428 ss., cfr. MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in D&G, 2006, n. 46, p. 28 ss.; MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. Cost.*, 2006, VI, p. 4160 ss. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 321 ss.; SOTIS, *Il diritto senza codice.*, cit., p. 148 ss.

limiti del sindacato di ragionevolezza sulla misura della pena come tradizionalmente concepito, e quali scenari si aprano dopo di essa.

L'oggetto della sentenza è invero noto. La disposizione normativa della cui costituzionalità dubitavano i giudici *a quibus* era rappresentata dall'art. 1, c. 1, lett. a), e c. 2, lett. a), l. 2 marzo 2004 n. 61, nella parte in cui, rispettivamente modificando gli artt. 100 d.P.R. 361/1957 (disciplina elettorale per la Camera dei deputati) e 90 d.P.R. 570/1960 (norme per le elezioni comunali e provinciali), escludeva l'applicabilità dei delitti di cui ai Capi III e IV del Titolo VII del Libro secondo del codice penale (delitti di falso) qualora avessero avuto ad oggetto l'*autenticazione* delle sottoscrizioni di liste di elettori o di candidati, ovvero, la *formazione* di false liste di elettori o di candidati, prevedendo per le predette condotte, in luogo delle ben più severe previsioni sanzionatorie codicistiche, la (sola) pena pecuniaria dell'ammenda da 500 a 2.000 euro.

In effetti, individuare una spiegazione logica e coerente per questa bagatellizzazione di fatti di rilevanza penale tutt'altro che secondaria è operazione non facile. Anche la ricognizione dei lavori preparatori effettuata dalla Corte¹⁹⁹ non evidenzia alcuna seria ragione giustificatrice della scelta di modulare la pena per i reati in esame, in quanto i predetti lavori si limitano a affermare, in modo alquanto apodittico, che il sensibile abbassamento dei livelli edittali sarebbe necessario per adeguare la pena alla minore lesività che normalmente connota le condotte incriminate dalle previsioni incriminatrici in esame. Tuttavia, si tratta di affermazioni di scarsa persuasività ed ancor minore fondatezza. Esse non convincono sul piano empirico-fattuale, poiché le

¹⁹⁹ Si noti la profonda diversità di prospettiva con cui la Corte – nella pronuncia ora in esame – si approccia all'analisi della *voluntas legislatoris*; mentre in precedenza, si approfondivano i lavori preparatori per verificare se il legislatore avesse o meno "*ponderato*" la disciplina derogatoria della cui costituzionalità si dubita, per poi giungere quasi sempre a ritenere che ponderazione vi fosse stata, oggi la Corte va alla ricerca di quest'ultima per sondarne direttamente la ragionevolezza ai fini del sindacato di costituzionalità. Non si chiede più, quindi, la Corte, se vi è stata o meno ponderazione della scelta normativa, ma se questa risponde o meno ad un criterio di tipo sostanziale da individuarsi nella non manifesta irragionevolezza.

condotte incriminate dalle norme codicistiche in materia di falso sono identiche a quelle di cui alle disposizioni impugnate, essendo l'elemento specializzante da individuarsi non nelle note modali della condotta²⁰⁰, ma nel diverso oggetto materiale del reato; né convincono sul piano logico-giuridico, poiché la diversificazione che avrebbe potuto giustificare un così rimarchevole salto sanzionatorio, stante il comune denominatore rappresentato dalla lesione della pubblica fede, sarebbe stata da individuarsi, al limite, nel bene giuridico finale tutelato dalla norma che, laddove fosse stato di minore rilevanza, avrebbe potuto giustificare la riduzione di pena. Nel caso in esame, però, il bene finale tutelato è tutt'altro che di ridotta importanza. Esso, come pone in luce la Corte, risulta al contrario "*di rango particolarmente elevato*", in quanto "*intimamente connesso al principio democratico della rappresentatività popolare*" e, quindi, al "*regolare svolgimento delle operazioni elettorali*" ed al "*libero esercizio del diritto di voto*".

Se dunque non esistono ragioni che possano convincentemente giustificare la scelta legislativa di riservare un trattamento sanzionatorio più mite per queste fattispecie, se ne deve dedurre che si tratta di una disposizione incriminatrice contraria al principio di ragionevolezza. Tuttavia, per la dichiarazione d'incostituzionalità di quest'ultima non era affatto sufficiente riscontrare tale irragionevolezza, poiché restava da superare un ostacolo tutt'altro che semplice: la Corte infatti, a differenza dei casi analizzati fin ora, avrebbe dovuto emettere una pronuncia demolitoria di un disposizione che introduceva un trattamento *più favorevole* per il reo. Ed è in questo esatto punto, cioè nell'aver superato, accogliendo la questione sollevata, quello che poteva considerarsi alla stregua di un controlimite al sindacato di ragionevolezza, si può individuare il reale tratto distintivo che consente di

²⁰⁰ Puntualmente rileva la Corte, nella sentenza in esame, che "*la condotta costitutiva dei due illeciti posti a raffronto - reato generale del codice penale e reato elettorale specifico di cui al terzo comma degli artt. 100 e 90 - è, per definizione, identica*".

collocare la pronuncia 364/2006 oltre i confini del sindacato di ragionevolezza come individuato dalla costante giurisprudenza della Corte, e anche dalle sue più coraggiose prese di posizione. Per la prima volta la produzione di effetti sfavorevoli per il reo – pur ipoteticamente ammessa fin dalla nota sentenza 148 del 1983²⁰¹ – si verifica quale conseguenza di una pronuncia ablativa della Corte costituzionale.

4.2.1.4 *Lo stato attuale del sindacato costituzionale di ragionevolezza* –

Vista la complessità dell'evoluzione giurisprudenziale in tema ragionevolezza del *quantum* di pena, pare opportuno, prima di procedere con l'analisi degli ulteriori principi costituzionali, occorre indugiare ancora un momento sull'importanza che, nella ambito della giurisprudenza costituzionale in materia di cornici edittali di pena, ha avuto la sent. 364/2006.

In particolare, non può sfuggire come detta sentenza, pur con le criticità che la connotano²⁰², rispetto alla precedente pronuncia 26/1979 segna una profonda evoluzione delle stesse *finalità* del sindacato di ragionevolezza, che muta qualitativamente. Il progredire della giurisprudenza costituzionale in materia di ragionevolezza delle cornici edittali si era infatti fondato, sino al 2006, su un'inespressa, ma precisa idea di fondo. Il doveroso rispetto della discrezionalità politica di cui il legislatore gode in ogni settore del diritto, e nel diritto penale in particolare, non poteva spingersi fino a soverchiare le garanzie prime proprie di chi è soggetto alla giurisdizione penale; la spinta culturale era nel senso di ritenere inaccettabile che un'esperata riverenza istituzionale potesse avere come conseguenza l'assoggettamento

²⁰¹ Corte cost., sent. 2 giugno 1983, n. 148 in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1983, p. 846 ss.

²⁰² Critiche, puntuali e condivisibili, alla sentenza giungono da MARINUCCI, *Il controllo di legittimità*, cit., p. 4160 ss.; SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità*, cit. p. 434 ss. Per una critica alla distinzione, operata dalla Corte nella sentenza, tra norme che “sottraggono” determinati fatti dall'area di punibilità – censurabili, laddove irragionevoli – e norme che “delimitano” l'ambito stesso – non censurabili in quanto espressive della scelta politico-criminale, rimessa all'esclusiva discrezionalità del legislatore – cfr. INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 677.

dell'individuo ad un trattamento penale palesemente ingiusto. Con la sent. 364 del 2006, questa conclusione non sembra più corretta. Se la conseguenza dell'estensione dei limiti del sindacato di ragionevolezza è infatti il *peggioramento* della condizione di chi è sottoposto alla giurisdizione penale, si deve allora constatare che la precedente prospettiva è qualitativamente, eticamente se vogliamo, mutata. Attualmente, l'effettivo abbattimento del naturale *favor rei* che in precedenza ispirava il sindacato di costituzionalità porta a constatare come, oggi, quest'ultimo non si ponga più, *recte*: non si ponga più solo, come argine di garanzia verso l'abuso del potere punitivo statale, come fattore di eliminazione di quelle "zone franche" che un ordinamento compiuto non può tollerare, bensì come fattore di equilibrio nella gestione del bilanciamento che l'arma "*a doppio taglio*"²⁰³ della pena obbliga il legislatore a compiere.

Indubbiamente, questo profondo mutamento risulta problematico; se prima si ponevano problemi in relazione alle possibili "invasioni di campo" da parte della Corte nella sfera di discrezionalità costituzionalmente riservata al legislatore, ora si pone anche il problema di un organo democraticamente non legittimato concorre nella restrizione dei limiti di libertà del cittadino. Pur non potendosi qui nemmeno tentare di approfondire la riflessione su questo punto, che schiude un vespaio di questioni che impegneranno senz'altro dottrina e giurisprudenza in futuro²⁰⁴, possiamo comunque affermare che le questioni e le problematiche che potrebbero sorgere in questa materia non debbono essere sovrastimate oltre il necessario. È senz'altro vero che, grazie ad alcune coraggiose prese di posizione della Corte costituzionale, il controllo di costituzionalità sulla ragionevolezza della pena non appare più ammantato da

²⁰³ Così, notoriamente, VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it., 1962, p. 46.

²⁰⁴ Sul punto, cfr. INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005.

quella “*spessa coltre di torpore*”²⁰⁵ che lo ha attanagliato per diverso tempo, e dunque i suoi limiti sono oggi ben più ampi che in passato. È però altrettanto vero che il divieto per la Corte di sostituirsi al Parlamento nelle valutazioni di ordine politico (art. 28 l. n. 87/1953), e politico-criminale in particolare (art. 25, c. 2, Cost.), è ancora oggi vivo e presente nella giurisprudenza, e ciò è sicura garanzia che numerosi passi in avanti che la Corte, problematicamente, potrebbe compiere, in concreto non verranno poi compiuti. Nel suo complesso, infatti, la giurisprudenza della Corte sembra essersi mossa nel senso di una progressiva estensione dei limiti *teorici* del proprio sindacato costituzionale sulla misura della pena, alla quale, però, non ha poi fatto seguito una corrispondente estensione dei limiti *operativi* dello sindacato stesso. Come emerge nitidamente dalle pronunce fin qui esaminate e da quelle che si esamineranno in seguito il controllo di ragionevolezza si attesta, in concreto, su livelli marcatamente prudenziali²⁰⁶, che spingono a porre l’accento più che sulle eventuali “*espropriazioni*”²⁰⁷, talvolta evocate forse con un velo di esagerazione, del Parlamento da parte della Corte costituzionale, al ben più reale problema di un sistema sanzionatorio edittale che è tutto tranne che razionale e ragionevole²⁰⁸.

4.2.2 Il principio di legalità: il divieto di cornici edittali troppo ampie

4.2.2.1 L’affermazione del principio di legalità della pena – Un altro importante pilastro del diritto penale costituzionale è rappresentato dal

²⁰⁵ MANES, *Attualità e prospettive*, cit., p. 739.

²⁰⁶ Parla senza mezzi termini di “*disimpegno sulle ingiustizie del legislatore*” da parte della Corte DONINI, *Commento all’art. 609-octies*, in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, p. 785 ss. Sul punto cfr. ZAGREBELSKY G., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 2, p. 297 ss.

²⁰⁷ In questo senso, CARPEGGIANI, *Quando la Corte costituzionale espropria il Parlamento*, in *Italia oggi*, 31 luglio 1996, p. 1.

²⁰⁸ Lo definisce, senza mezzi termini, “*sull’orlo del collasso*” MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, p. 164.

principio di legalità *ex art. 25, c. 2, Cost.* Tuttavia, prima di verificare in quale misura questo principio abbia interagito con il sistema edittale di pena, occorre introdurre alcune considerazioni preliminari.

In linea generale, se è vero che in materia di sanzione penale l'art. 25, c. 2, Cost. "*indubbiamente, minus dixit quam voluit*"²⁰⁹, nessuno oggi può seriamente dubitare che il principio di legalità sia pienamente operativo anche su questo versante, e non solo con riferimento al contenuto precettivo della norma incriminatrice: lo confermano i lavori preparatori della Costituzione²¹⁰, la dottrina pressoché unanime²¹¹, e la giurisprudenza della Corte costituzionale²¹². Ciò implica che è compito del (solo) legislatore disciplinare ogni aspetto della pena²¹³ ed in particolare, per quanto qui più interessa, la sua *misura* o quantomeno i criteri per determinarla²¹⁴.

²⁰⁹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed. agg., 2007, p. 73.

²¹⁰ Cfr. le parole pronunciate da Giovanni Leone, citate da MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001, p. 216 (nota 2), che testimoniano come l'eliminazione dell'inciso "*e con le pene da essa (la legge) stabilite*" dal testo dell'art. 25, c. 2, Cost. fu dovuto alla sua essenziale superfluità (non aveva infatti senso porre quale principio cardine del diritto penale la legalità, e poi consentire che la riserva di legge si ritraesse proprio laddove il sacrificio imposto alla libertà personale veniva quantificato) ed anche, come ricorda la stessa Corte nella sent. 12 marzo 1962, n. 15, "*per evitare che, nel caso di successione di norme penali, rimanesse pregiudicato il principio dell'applicazione della norma più favorevole al reo; onde non può farsene scaturire un effetto che influisca sulla estensione sostanziale del principio di legalità*".

²¹¹ NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, II ed., 1982, p. 54; DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338. Più di recente, v. l'ampia e approfondita analisi di LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 122 ss. Parla di "*pacifica costituzionalizzazione dell'art. 1 c.p.*" ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 46.

²¹² Corte cost., 12 marzo 1962, n. 15; 13 luglio 1970, n. 131; 1 maggio 1991, n. 203; 23 maggio 1991, n. 285. Occorre peraltro precisare che la giurisprudenza costituzionale non solo considera il principio di legalità pienamente operativo anche sul versante sanzionatorio, ma afferma altresì che esso, a differenza di quanto accade per i reati, ha carattere *assoluto*, e dunque non ammette *alcuna* integrazione della parte sanzionatoria della norma incriminatrice da parte di fonti normative di carattere diverse dalla legge dello Stato. Con riferimento alle problematiche che tale impostazione potrebbe generare nei rapporti con la normativa comunitaria cfr. l'ampio quadro tracciato da SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., *passim*.

²¹³ Per un quadro completo di tutte le articolazioni del principio costituzionale in esame con riferimento alla pena cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 215 ss.

²¹⁴ Con riferimento alla problematica della costituzionalità delle pene proporzionali (che, come noto, ai sensi dell'art. 27 c.p., "*non hanno limite massimo*") cfr. Corte cost. 12 marzo 1962, cit. che le ha ritenute legittime (sollevano invece perplessità, forse più di ordine politico-criminale che giuridico-costituzionale, secondo ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., 2004, p. 248); con riferimento invece ai profili di indeterminazione della sanzione da infliggere nei casi di cumulo giuridico tra pene di *specie* diversa (esclusi da Corte cost. n. 312 del 1988 che ha posto fine ad un acceso contrasto giurisprudenziale che ha visto contraddirsi le stesse Sezioni Unite della

Con riferimento a quest'ultimo profilo, tuttavia, lo spettro dell'analisi che ci impegna non può essere limitato al principio di legalità, ma deve estendersi anche ad altri principi penalistici che con esso entrano in relazione (ed in conflitto), determinandone – in un'ottica di bilanciamento – l'effettivo contenuto. L'exasperazione delle istanze legalitarie in materia di sanzioni penali può infatti condurre a risultati paradossali, in palese violazione delle più elementari esigenze di uguaglianza. Fedele testimone di queste sperequazioni è il Codice penale francese del 1791, che – proprio in nome di una tutela a tutto tondo dell'individuo rispetto ai possibili arbitrii del potere giudiziario – aveva previsto il sistema della c.d. “*pena-tariffa*”, cioè una pena fissa legalmente predeterminata per ogni fatto di reato. L'impraticabilità di questa scelta portò in breve tempo alla sua integrale rimozione; il successivo Codice penale napoleonico del 1810, infatti, la sostituì con il sistema della cornice edittale di pena compresa tra un minimo ed un massimo che, per i suoi plurimi pregi, venne poi fatto proprio dai codificatori penali europei.

Come lumeggiato dalla dottrina²¹⁵, altri principi penalistici di primaria importanza, accanto alla garanzia legalitaria, possono, anzi, devono incidere sulla definizione della struttura costituzionale del modello sanzionatorio edittale. In primo luogo, vengono in rilievo insopprimibili istanze di giustizia egualitaria (art. 3 Cost.) che conducono a ritenere costituzionalmente (e, ancora prima, eticamente) non accettabile prescindere integralmente dalle circostanze dell'agire criminoso e sbarrare così la strada a qualunque esigenza di individualizzazione della pena. Esigenza, quest'ultima, non solo risponde all'obbligo costituzionale di riservare a situazioni uguali trattamento uguale e a situazioni diverse trattamento diverso, ma soddisfa altresì la necessità, squisitamente penalistica, di garantire (*rectius*: di non pregiudicare *ab origine*) la finalità rieducativa che l'art. 27, c. 3, Cost. assegna alla pena. Non è infatti

Cassazione nel 1983 e nel 1984) e di *genere* diverso (tuttora irrisolta) cfr. l'ampia ricostruzione offerta da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 662 ss. con ampi riferimenti bibliografici.

²¹⁵ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 356 ss.; DOLCINI, *Note sui profili costituzionali*, cit., p. 345 ss.

seriamente pensabile – anche come conseguenza dell'accoglimento di una concezione della colpevolezza *normativa* e non già psicologica – che possa irrogarsi la medesima pena per il furto commesso dal ricco possidente vizioso e quello commesso dal fattorino malpagato con numerosa prole a carico e la consorte gravemente malata²¹⁶; la prima è ingiusta quanto la seconda.

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca del resto anche la Corte costituzionale. Fin dalla già citata sent. 12 marzo 1962, n. 15, infatti, la Corte afferma che *“l'individualizzazione della pena da parte del giudice non può prescindere dalla considerazione della gravità del reato e della personalità del reo; donde è nel carattere della sanzione penale che essa sia prefissata dalla legge in maniera da consentirne l'adeguazione alle circostanze concrete”*²¹⁷. Ancor più chiara e articolata è la sent. 14 aprile 1980, n. 50²¹⁸ che esplicitamente afferma che *“la "individualizzazione" della pena, in modo da tenere 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. 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" (sentenza n. 104 del 1968). Di qui il ruolo centrale, che nei sistemi penali moderni è proprio della discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge (artt. 132 e 133 cod. pen.; e si veda al riguardo la sentenza n. 118 del 1973). L'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti - in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento - contribuisce da un lato, a*

²¹⁶ È il noto esempio formulato da Frank – padre della concezione normativa della colpevolezza – e riportato da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 314-315.

²¹⁷ Confermano tale principio Corte cost. 17 marzo 1966, n. 26; 9 marzo 1967, n. 25.

²¹⁸ Edita in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 725 ss. con nota critica di PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*. Esprime varie riserve anche ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi di uguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 661 ss.

rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost. Il principio d'uguaglianza trova in tal modo dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini (e nel collegamento fra gli uni e gli altri) espressamente assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale. L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, "proporzione" della pena rispetto alle "personali" responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale". Queste osservazioni condensano in poche righe il nucleo più garantistico del principio di legalità della pena, suggellando la legittimità della comminatoria edittale di pena, già affermata dalla dottrina pressoché unanime²¹⁹, quale "punto di equilibrio"²²⁰ tra istanze personalistiche ed esigenze legalitarie in materia di sanzioni penali, e giungendo addirittura ad affermare, in questa stessa sentenza, che "in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono in armonia con il volto costituzionale del sistema penale".

Peraltro, la portata dell'affermazione secondo cui l'allocatione presso il giudice del potere discrezionale di quantificazione della pena è la regola costituzionale da seguire in tema di strutturazione del trattamento sanzionatorio edittale, viene poco dopo precisata dalla Corte. Balza infatti agli occhi che, se tale fosse il principio realmente posto dalla Corte, la conseguenza non potrebbe essere che ogni fattispecie sanzionata con pena fissa è per ciò solo indiziata di illegittimità²²¹; la Corte costituzionale, naturalmente, non ha mai fatto propria una simile posizione. In quella stessa

²¹⁹ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, cit., p. 361 ss.; PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio*, cit., p. 451 ss.; GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 1474.

²²⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 224.

²²¹ PALIERO, *Pene fisse*, cit. p. 738.

occasione, infatti, ispirandosi ad un'autorevole opinione dottrinale²²², essa ha chiarito che “*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*”²²³.

Possiamo quindi affermare, quale conclusione provvisoria, che la comminatoria edittale di pena non solo non è contraria al principio di legalità, ma appare lo strumento più idoneo per assicurare una piena armonizzazione del sistema sanzionatorio penale ai principi costituzionali dell'uguaglianza, della personalità della responsabilità penale e del finalismo rieducativo della pena.

Ciò posto, deve però precisarsi che le esigenze di personalizzazione della pena e di graduazione di questa in base agli indici forniti dall'art. 133 c.p. non possono comunque legittimare cornici edittali così distanziate tra loro da annullare il giudizio di disvalore sul fatto, giudizio che il solo legislatore è abilitato ad esprimere; in altri termini, pur temperato da altri valori costituzionali, il principio di legalità della pena reca in sé il *divieto di cornici edittali troppo ampie*²²⁴. Su questo punto la giurisprudenza costituzionale si è già espressa in modo cristallino con una sentenza – l'unica a quanto ci consta

²²² DOLCINI, *Note sui profili costituzionali*, cit., p. 354-356.

²²³ Con riferimento al caso di specie deciso dalla Corte (si trattava di una contravvenzione che prevedeva la pena congiunta fissa dell'ammenda e dell'arresto per chiunque circolasse con un veicolo che superava di oltre 30 q. il peso massimo consentito a pieno carico), la questione di legittimità venne poi respinta. In primo luogo, la Corte ha messo in dubbio lo stesso carattere fisso della previsione sanzionatoria *de qua*; ha infatti ricordato che avrebbero sempre potuto trovare applicazione sia circostanze aggravanti (in particolare quella di cui all'art. 26, c. 2, c.p.) sia attenuanti (in particolare, le attenuanti generiche *ex art. 62-bis c.p.*), così come dovevano ritenersi superate le obiezioni relative all'impossibilità di graduare la pena in ragione delle variazioni in aumento del carico trasportato oltre il limite previsto dalla norma incriminatrice e dell'elemento soggettivo del reato (dolo o colpa). Per una convincente critica a questa impostazione cfr. PALIERO, *Pene fisse*, cit. p. 739 ss. Più in generale, sulla graduabilità dell'illecito penale è d'obbligo il rinvio alle illuminanti osservazioni di PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 696 ss.

²²⁴ BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 360 ss. (in part. *sub nt.* 300).

– con cui è stata dichiarata l’illegittimità di una *Strafrahme* per eccessivo divario tra il minimo ed il massimo edittalmente previsti.

Si tratta della sent. 24 giugno 1992, n. 299²²⁵ che ha dichiarato incostituzionale il delitto di “violata consegna” previsto dall’art. 122 c.p.m.p. il quale punisce il militare che, preposto di guardia a cosa determinata, “*la sottrae, distrae, devasta, distrugge, sopprime, disperde, deteriora, ovvero la rende, in tutto o in parte, inservibile*” con la pena delle reclusione militare non inferiore a due anni. La sentenza è ricca di spunti interessanti che meritano di essere ordinati e sistematizzati.

In primo luogo, la pena prevista dall’art. 122 c.p.m.p. è *apparentemente* indeterminata nel massimo; in realtà, dal momento che l’art. 26 c.p.m.p., analogamente a quanto dispone l’art. 23 c.p., prevede che la pena della reclusione militare non superi gli anni ventiquattro, essa va dunque individuata tra i due e, appunto, i ventiquattro anni di reclusione. Così ricostruita la pena prevista per la norma incriminatrice in esame, è palese che essa violi il principio di legalità della pena, non potendosi ritenere che sia realmente idonea ad esprimere il giudizio di disvalore del fatto di reato cui accede; questo verrà infatti determinato sulla base della personale valutazione del giudice. Nonostante questo palese tratto di illiceità costituzionale, la norma, per ben due volte²²⁶, era stata “salvata” dalla Corte; vi è da dire, però, che il rigetto delle questioni sollevate era stato probabilmente originato dall’essere state queste ultime erroneamente impostate con riferimento ai parametri costituzionali che si supponevano violati. Esse, infatti, avevano inteso verificare la liceità costituzionale dell’art. 122 c.p.m.p. al metro non dell’art. 25, c. 2, Cost., bensì dell’art. 3 Cost. (con riferimento alla presunta disparità di trattamento, negata dalla Corte, rispetto alle altre di ipotesi criminose di

²²⁵ Edita in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 1468 ss., con nota di GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, *ivi*, p. 1474 ss. Sulla sent. v. anche MAZZI, *Limiti edittali della pena e principio di legalità: a proposito dell’illegittimità costituzionale dell’art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur. cost.*, 1992, III, p. 1430 ss.

²²⁶ Corte cost. sent. n. 102 del 1985 in *Giur. cost.*, 1985, p. 630 ss.; ord. n. 901 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, p. 4206 ss.

violata consegna previste dagli artt. 118 e 120 c.p.m.p.), e dell'art. 27, c. 1 e 3, Cost. (in ragione della presunta inidoneità della comminatoria edittale a garantire la possibilità di rieducazione del reo, argomento rigettato dalla Corte, in quanto, come vedremo, in quel periodo la Corte riteneva che il principio rieducativo della pena valesse solo con riferimento alla fase esecutiva della stessa²²⁷); la Corte aveva quindi avuto buon gioco a dichiararle infondate.

Diversamente impostata la questione sulla base del principio di legalità, la Corte non ha invece tardato a riconoscerne la fondatezza. Ribadita la costituzionalizzazione di questo principio, la Corte chiarisce che esso richiede comunque che *“l'ampiezza del divario [...] non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena [...] e che manifestamente risulti [non]²²⁸ correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta”*. *“Altrimenti”*, prosegue la Corte, *“la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario”²²⁹*. Tanto premesso, la Corte esamina la previsione sanzionatoria sottoposta a scrutinio di costituzionalità, evidenziandone puntualmente le più marcate criticità.

In primo luogo, la Corte rileva che la pena (per la verità, assai severa) fino a ventiquattro anni di reclusione è comminata, per espressa volontà della norma, *“per il solo fatto della violata consegna”*; ciò significa che tale fattispecie di reato non tutela gli ulteriori beni giuridici offesi dall'azione materiale dell'agente (ad es., il patrimonio), ma solo quello specificamente protetto dall'art. 122 c.p.m.p. (cioè, la fedeltà al servizio²³⁰), ed è quindi

²²⁷ Su questo punto cfr., *infra*, par. 3.4.

²²⁸ La negazione, che appare sia nel testo pubblicato nella *Riv. it. dir. pen. proc.* sia nel testo consultabile sul sito della Corte costituzionale, è verosimilmente un refuso, non avendo la frase senso logico se espressa in forma positiva.

²²⁹ Sono gli stessi identici termini con cui, quasi trent'anni prima, si esprimeva BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 361-362.

²³⁰ Lo rileva la stessa Corte nella sent. in commento. In dottrina, cfr. MAZZI, *Limiti edittali della pena*, cit., p. 4433.

destinata a concorrere ai sensi dell'art. 81, c. 1, c.p. con le altre fattispecie che si configureranno nel caso di specie (furto, danneggiamento, etc.). Si realizza cioè un'estromissione dall'orizzonte teleologico della norma incriminatrice di ogni prospettiva di tutela diversa da quella del bene propriamente militare, con la conseguenza che il trattamento sanzionatorio previsto dalla norma in esame è il metro alla luce del quale valutare la sola condotta che si concretizza nella "violata consegna". La Corte rileva, però, come non sia possibile individuare – pur nella varietà della gamma di condotte rapportabili allo schema della fattispecie astratta – un'azione tipica che, per la sua gravità oggettiva e soggettiva, possa giustificare un massimo edittale così elevato come quello previsto dall'art. 122 c.p.m.p. Ne deriva che gli strumenti normativi di cui dispone il giudice per graduare e individualizzare la pena stabilita dal legislatore sono del tutto inadeguati, perché la previsione edittale supera la gamma di comportamenti tipici potenzialmente riferibili alla norma incriminatrice; e se il giudice è privo di criteri orientativi, il potere che esercita può dilatarsi fino a sfociare nell'arbitrio.

Naturalmente, la Corte ha cura di sottolineare, quasi a voler "tranquillizzare" l'interprete, che le condotte ricomprese nella previsione incriminatrice dichiarata incostituzionale non resteranno affatto impunte, per la naturale riespansione²³¹ delle figure generali di violata consegna (artt. 118 e 120 c.p.m.p.) entro il cui paradigma di tipicità potranno agevolmente essere ricondotte.

4.2.2.2 (*segue*): *e la sua sconfessione in concreto* – Questa sentenza, che ha ricevuto il plauso della dottrina che se ne è occupata²³², in realtà – se vagliata a fondo – presenta diversi profili critici. Non si vuole certo negare l'importanza della riaffermazione del principio di legalità delle pene che essa

²³¹ Per i profili problematici di questo controverso effetto della dichiarazione di incostituzionalità e dell'abrogazione legislativa cfr. l'analisi di SCOLETTA, *L'irragionevole sindacato*, cit., p. 432 ss. con ampi riferimenti bibliografici.

²³² Cfr., in partic., GROSSO, *Illegittimità*, cit. p. 1480. Più cauto il giudizio di MAIZZI, *Limiti edittali*, cit., p. 4436.

ha operato, specie se si considera come, ancora oggi questo principio sia oscurato, anche nella riflessione dottrinale²³³, dalla assoluta dominanza del principio di legalità dei reati, ma il percorso motivazionale che la Corte segue per pervenire alla valorizzazione di questo principio non convince affatto, perché – per le ragioni che subito vedremo – conduce in realtà ad un suo problematico ridimensionamento.

Il punto più critico della sentenza sta in questo: in base ad essa, dovremmo poter affermare che se una previsione di pena spazia da un minimo di due ad un massimo di ventiquattro anni, essa è senz'altro incostituzionale, per violazione, non del principio di legalità ma, più precisamente, del principio della riserva di legge²³⁴, poiché dal punto di vista politico-criminale, la previsione di una comminatoria edittale così ampia costituisce una *non scelta*, un delega in bianco al giudice che questi può riempire con il proprio sistema di valori²³⁵. In realtà, però, possiamo solo ritenere che su di tale norma grava un fondato sospetto di incostituzionalità. A ben vedere, infatti, la sentenza 299/1992 oblitera completamente questo aspetto, perché rileva l'illiceità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p. non in via *assoluta*, cioè secondo un criterio di ordine meramente quantitativo, ma in via *relativa*, cioè secondo un criterio che fa capo ad un accertato squilibrio tra la *struttura* oggettiva della fattispecie astratta e la *comminatoria edittale*. La Corte, infatti, non stabilisce che, in linea generale, il divario di oltre un ventennio nella *Strafrahme* di fatto svuota il concetto di legalità della pena, ma più precisamente che *quel* divario risultava più ampio delle possibili fattispecie concrete della condotta incriminata potenzialmente rapportabili alla norma incriminatrice, in quanto anche la più grave delle violazioni ipotizzabili non avrebbe potuto giustificare un massimo edittale così elevato.

²³³ Lo rileva LARIZZA, *Il principio di legalità*, cit. p. 123.

²³⁴ Sul punto, di recente, cfr. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 29 ss.

²³⁵ Nello stesso senso, CORBETTA, *La cornice edittale di pena*, cit., p. 149.

Questa impostazione costituisce il limite ed insieme il punto più debole della sentenza analizzata, perché non solo non apporta significative evoluzioni rispetto a quanto già noto alla stessa giurisprudenza costituzionale e alla dottrina fin dagli anni '60, ovvero la costituzionalizzazione del principio di legalità della pena ed i relativi corollari, ma rispetto ad esso rappresenta addirittura un passo indietro.

Infatti, sotto il profilo logico-formale, la sentenza della Corte ora in commento è senz'altro ineccepibile; non v'è dubbio che l'insufficienza e l'inadeguatezza degli ordinari criteri di commisurazione della pena, determinate da una forbice edittale così ampia e squilibrata rispetto all'effettivo disvalore della condotta incriminata, trasformano il potere del giudice da discrezionale in arbitrario. Il punto decisivo però, come si è già anticipato, è un altro, e cioè la violazione della riserva di legge in materia di sanzioni penali. Se si accoglie l'idea – e la sentenza in esame afferma di accoglierla – che il principio di legalità della pena è compatibile con il passaggio del “*testimone*” dal legislatore al giudice, ma il primo “*non può demandare il lavoro interamente a quest'ultimo*”²³⁶, è chiaro che un divario di ventidue anni tra i limiti minimo e massimo è aprioristicamente non giustificabile, perché annulla *tout-court* la *ratio essendi* del principio di legalità, e non già perché difetta – tra tutte quelle astrattamente incriminate dalla norma – una condotta rispetto alla quale sia giustificabile un massimo di pena così elevato. Così facendo, la Corte inizia parlando di *legalità* del trattamento sanzionatorio, ma finisce per confonderlo con l'esigenza di *proporzione* tra questo e al fatto di reato, e cioè con un profilo di costituzionalità che, pur procedendo di pari passo con il primo (nel senso che, se si riduce il massimo edittale fino a renderlo proporzionato alla condotta incriminata, automaticamente si riduce anche il divario, e quindi la tensione con il principio legalitario) è ontologicamente e finalisticamente diverso.

²³⁶ BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 183.

Con ciò non si vuole negare che l'introduzione di elementi di relativizzazione nel sindacato sulla legalità della cornice edittale di pena sia operazione assolutamente legittima e necessaria, poiché, naturalmente, maggiore è la complessità oggettiva e soggettiva delle condotte punibili, maggiore dovrà essere lo spazio edittale previsto dalla norma incriminatrice, sì da garantire al giudice la più ampia possibilità di personalizzazione della pena in concreto inflitta. Deve però comunque esistere, pena lo svuotamento del principio della riserva di legge, un limite oggettivo, valido in via generale ed astratta, che le istanze di individualizzazione del trattamento sanzionatorio non possono oltrepassare. Tuttavia, mentre l'esistenza di questo limite – prima della sentenza del 1992 – poteva presumersi in base alle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza costituzionale, che attribuivano al principio di legalità la funzione di argine rispetto alle esigenze di personalizzazione della pena, dopo tale sentenza scopriamo che nemmeno un divario di ben ventidue anni tra minimo e massimo edittali è – in sé considerato – sufficiente a far dichiarare l'incostituzionalità della previsione sanzionatoria, poiché va prima verificato se tale cornice edittale non sia, per avventura, "adeguata" a coprire l'intera gamma di disvalore delle fattispecie concrete astrattamente rapportabili alla norma incriminatrice²³⁷.

In definitiva, pertanto, ad un più approfondito esame, la sentenza in esame non appare condivisibile e, più che come un'affermazione piena del principio di legalità della pena, essa suona come una sua significativa limitazione²³⁸.

²³⁷ Senza considerare un'ulteriore e non secondaria obiezione. Ammettendo pure che possa esistere un'unica fattispecie di reato, le cui condotte costitutive siano così variegate da giustificare una "scala penale" che spazia tra un minimo ed un massimo esteso per ventidue anni, appare chiaro che la relativa pena edittale urterebbe in modo palese con il principio di rieducazione del reo. Infatti, come ricorda la più attenta dottrina (ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 43), in presenza di un divario edittale così eccessivo, nessuno sarebbe in grado di orientarsi nella scelta comportamentale da tenere in concreto, perché la norma – per la sua sostanziale indeterminatezza – non potrebbe fornire alcuna guida.

²³⁸ Esprimono invece apprezzamento – ancorché con riguardo alle possibili prospettive che questa sentenza sembrerebbe schiudere – GROSSO, *Illegittimità costituzionale*, cit., p. 1480; CORBETTA, *La cornice edittale di pena*, cit., p. 150.

4.2.3 Il principio di colpevolezza

4.2.3.1 *Il principio di colpevolezza come limite alla pena edittale* – Se il presente lavoro concernesse problematiche relative ai limiti che incombono sul legislatore nella strutturazione del fatto di reato o di norme che comunque incidono sui presupposti sostanziali della responsabilità penale, potremmo senza difficoltà affermare che tra essi vi è, senza ombra di dubbio²³⁹, il principio di colpevolezza. E identica conclusione andrebbe tratta, se queste problematiche concernessero la colpevolezza quale limite all'attività di commisurazione giudiziale della pena²⁴⁰.

Tuttavia, affermare che tale limite operi anche sul versante quantitativo dello *jus puniendi*, ed in particolare sul piano dell'attività della determinazione edittale della pena, non è così scontato, almeno non nel nostro ordinamento²⁴¹; pertanto, occorre soffermare il fuoco dell'analisi su questo punto decisivo per il prosieguo dell'indagine.

Esiste dunque un principio costituzionale che vieta al legislatore di comminare pene edittali che superino la rimproverabilità soggettiva del fatto all'agente? La risposta a questo interrogativo ci sembra debba essere positiva,

²³⁹ Senza nessuna pretesa di completezza cfr. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 84 ss.; BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 53 ss.; MARINUCCI, *Studi di diritto penale*, 1991, p. 70 ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974, p. 116 ss. Più di recente, CORBETTA, *La cornice edittale di pena*, cit., p. 157 ss.; BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, 2005, p. 219 ss.; VASSALLI, *Introduzione*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006 p. XIV ss. Per un'approfondita analisi della giurisprudenza costituzionale cfr. GROSSO, *Principio di colpevolezza e personalità della responsabilità penale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006, p. 3 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit. p. 455 ss (in partic. p. 473 sub nt. 64 in cui si dà anche conto delle opinioni dottrinali, comunque minoritarie, che negano il rango costituzionale del principio di colpevolezza); ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1984, p. 16 ss; HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. Pen.*, 1982, p. 50 ss.

²⁴⁰ Sul punto, per tutti, DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, 1979, p. 257 ss.

²⁴¹ Ben diversa è la situazione nell'ordinamento tedesco; questo principio, infatti, è da tempo patrimonio della giurisprudenza. A tal proposito, vale la pena ricordare le chiare parole scandite dal *Bayerischer Verfassungsgerichtshof* già nel 1950 (sentenza citata da BASILE, *La colpa*, cit. p. 823 con ampi riferimenti giurisprudenziali conformi) che, su questo punto, rilevava la necessità che “*la pena minacciata si trovi in un giusto rapporto con la gravità del fatto e, in particolare, con la colpevolezza dell'agente*”.

e possiamo giustificarla sulla base di un ragionamento che si articola in due punti essenziali:

- a) la riconosciuta cogenza del principio in esame anche per il legislatore;
- b) l'estensione della portata dello stesso principio alla fase della determinazione edittale di pena.

Sotto il primo profilo, invero, non si pongono particolari problemi: il principio di colpevolezza, notoriamente assunto al rango di principio costituzionale grazie alle note sentenze n. 364 del 1988²⁴² e 1085 del 1988²⁴³, e oggi riconosciuto anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴⁴, ha quale primo destinatario il legislatore e, solo in seconda battuta, anche il giudice. Il suo principale effetto, infatti, è stato quello di decretare l'incostituzionalità di ogni forma di responsabilità oggettiva in campo penale, e di riaffermare l'imprescindibile necessità di un legame psichico tra fatto e autore, legame che deve avere ad oggetto non solo l'evento del reato, ma tutti gli "elementi più significativi della fattispecie"²⁴⁵, con la sola esclusione di quelli che, esterni ad essa, non contribuiscono alla descrizione dell'offesa al bene giuridico tutelato. Se, dunque, il nucleo essenziale del principio di colpevolezza si è sostanziato

²⁴² Edita in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1988, p. 686 ss. con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1988, p. 686 ss. e in *Foro it.*, 1988, I, p. 1385, con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*.

²⁴³ Edita in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 289 ss. con nota di VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*.

²⁴⁴ Sul punto cfr. l'ormai nota pronuncia Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi et al. c. Italia*, che per la prima volta, peraltro in materia di confisca, ha espressamente richiesto (cfr., in partic., par. 116 della sentenza) la sussistenza di un legame psichico tra fatto e autore, affinché quest'ultimo sia legittimamente assoggettabile a pena. Sul punto, in dottrina, v. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 114 ss.; MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su punta Perotti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1540 ss.

²⁴⁵ Sono quelli che Corte cost. 1085/1988 cit. definisce "elementi estranei alla materia del divieto" e che la dottrina identifica con le condizioni obiettive di punibilità estrinseche. Per una penetrante critica alle c.d. condizioni "intrinseche" di punibilità cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 2001, p. 654 ss.

in primis nel divieto di *configurare* ipotesi di responsabilità penale che prescindano da legami soggettivi tra l'autore del fatto di reato ed il fatto stesso²⁴⁶, il primo destinatario di questo divieto non può che essere il legislatore, cioè l'unico organo costituzionale che detiene il potere di configurare quelle ipotesi. Questo divieto, poi, si traduce *anche* in un canone di tipo ermeneutico il cui fruitore è il giudice, che se ne serve per ricondurre entro il quadro di legalità costituzionale tutte quelle ipotesi normative che, per assoggettare a pena il reo, sembrano accontentarsi di una imputazione del fatto all'agente in termini di pura causalità materiale, ma le parole della Corte sono prima di tutto per il legislatore.

Lievemente più complesso, ma non più di tanto, è invece chiarire se questo freno costituzionale, che attiene all'*an* del punire, debba o meno estendersi anche al *quantum*.

La conclusione, comunque, è anche in questo caso positiva. Sulle orme di un'ampia indagine dottrinale²⁴⁷, si deve infatti evidenziare come la funzione svolta dalla colpevolezza abbia natura essenzialmente "*limitativa*" del potere punitivo statale, e non già "*costitutiva*" dello stesso²⁴⁸; il fondamento della punibilità dell'agente, in altri termini, non è nella colpevolezza di costui, bensì nel fatto offensivo del bene giuridico. Pertanto, se la colpevolezza assolve la funzione di limite invalicabile alla pena che può essere inflitta al reo, sarebbe paradossale che fosse proprio il legislatore, il quale nella fenomenologia della pena è un attore non meno importante del giudice, a non dover soggiacere a tale limite.

²⁴⁶ MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1991, p. 353.

²⁴⁷ MUSCO, *Bene giuridico*, cit., p. 120. In senso analogo FIANDACA, *Considerazioni*, cit., p. 838 ss.

²⁴⁸ *Contra* ROMANO, *Commentario*, cit., p. 326-327, secondo il quale "*i reati sono pensati dal legislatore come punibili in quanto commessi con colpevolezza*" e quindi quest'ultima "*è anche un limite, ma prima ancora è costitutiva della pena, la fonda*".

Inoltre, vi è una seconda, e forse assorbente, ragione che spinge a concludere in questo senso. Fin dalla nota sent. 313 del 1990, sulla quale si tornerà ampiamente più avanti, la Corte ha affermato che anche la comminatoria edittale è chiamata ad assicurare che la pena tenda alla rieducazione del reo (art. 27, c. 3, Cost.); allo stesso tempo, la sent. 364 del 1988 insegna che non vi può essere alcuna rieducazione nei riguardi di chi, rispetto al fatto, non è almeno in colpa. Da ciò deriva che, se la pena minacciata supera la colpevolezza dell'agente, automaticamente essa viola il principio rieducativo della pena²⁴⁹. Pertanto, deve ritenersi costituzionalizzato non solo il principio per cui il legislatore non può prevedere *ipotesi di responsabilità penale che prescindano dalla colpevolezza dell'agente*, ma anche il principio per cui quest'ultimo non può prevedere *pene più gravi senza colpevolezza più grave*²⁵⁰.

4.2.3.2 (segue): *e le conseguenti (ma superabili) difficoltà operative* – Chiarito così che anche il principio di colpevolezza “ha da dire la sua” in tema di dosimetria sanzionatoria, non ci si può esimere dal confrontarsi con quelle critiche dottrinali²⁵¹ secondo le quali il principio di colpevolezza, nell'accezione qui valorizzata, pur potendo teoricamente fungere da limite nella dosimetria edittale, incontrerebbe in sede operativa difficoltà tali da risultare, di fatto, incapace sia di orientare il legislatore nella scelta di

²⁴⁹ Cfr., sul punto, MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Studi di diritto penale*, MARINUCCI - DOLCINI (a cura di), Milano, 1991, p. 70-71, secondo il quale “*la funzione risocializzatrice primaria per rango costituzionale (art. 27, c. 3, Cost.) esige infatti che la risposta penale non superi mai, nell'an e nel quantum, la misura della colpevolezza individuale*” e la stessa conclusione vale anche con riferimento alla “*funzione di prevenzione generale che la pena tende ad adempiere legittimamente allo stadio della minaccia*”.

²⁵⁰ Cfr. LANG-HINRICHESEN, *Zur Frage der Zurechnung von Folgen der strafat bei der Strafzumessung*, in *GA*, 1957, p. 1, citato da BASILE, *La colpa*, cit. p. 825 *sub* nt. 159.

²⁵¹ FIANDACA, *Considerazioni sulla colpevolezza*, cit., p. 876 ss. Ma si vedano anche gli Autori di lingua tedesca, von Liszt e Haffke (citati da BASILE, *La colpa*, cit., p. 824, *sub* nt. 153) il secondo dei quali ritiene che le difficoltà di implementazione del principio di colpevolezza nell'ambito della dosimetria edittale siano addirittura “*insuperabili*”.

comminatorie edittali ad esso conformi, sia di fungere da effettivo parametro di liceità per la Corte costituzionale.

Queste critiche, pur autorevoli, non appaiono insuperabili.

Premesso che, in ogni caso, non costituirebbero motivo per non valorizzare la colpevolezza quale criterio di dosimetria della sanzione, esse non appaiono comunque fondate, soprattutto in relazione alla presunta difficoltà del principio in esame di tradursi in un effettivo parametro di costituzionalità. Sotto questo profilo, è utile rifarsi ad un approfondito studio dottrinale²⁵² che, in tema di delitti preterintenzionali e aggravati dall'evento, ha dimostrato come in un numero elevato di ipotesi siffatte la pena comminata dal legislatore violi il principio di colpevolezza. Si consideri il seguente esempio: la pena edittale prevista per l'art. 584 c.p. è la reclusione da dieci a diciotto anni; orbene, se si procede al calcolo della pena che si otterrebbe, applicando la disciplina del concorso *materiale* tra le pene previste per il delitto base più grave (le lesioni personali gravissime) e quella prevista per l'omicidio colposo, ne deriva una cornice edittale che spazia da 6 anni e sei mesi a 17 anni di reclusione. Questo significa che il massimo edittale previsto dall'art. 584 c.p. è costituzionalmente illegittimo per violazione del principio di colpevolezza. L'ulteriore anno di pena, infatti, risulta previsto in totale carenza di un nesso psicologico con l'autore del reato, poiché il dolo è interamente assorbito nel massimo edittale del delitto di lesioni e la colpa nel massimo edittale del delitto di omicidio colposo; né può affermarsi che l'ulteriore anno di pena sia dovuto al fatto che l'evento più grave si verifica in seguito ad una condotta di base dolosa; primo perché si punirebbe due volte per un medesimo elemento di fatto (il dolo del delitto base è già punito ai sensi della relativa norma incriminatrice), violando così il principio del *ne bis in idem* sostanziale; secondo perché questa porzione di pena costituirebbe,

²⁵² BASILE, *La colpa*, cit., p. 819 ss.

all'evidenza, un residuo del principio del *versari in re illicita*, che rappresenta l'antitesi del principio di colpevolezza.

Quanto poi all'effettiva possibilità per la Corte costituzionale di rimuovere la situazione di illegittimità, essa lo potrebbe fare senza difficoltà, in quanto, proprio avendo a riferimento il cumulo materiale delle pene²⁵³, ha a disposizione un *tertium comparationis* chiaro e definito che le consentirebbe di abbattere il massimo edittale e ricondurlo entro i limiti della colpevolezza.

Il principio in esame, dunque, gode di ampi spazi per assurgere al ruolo di argine nell'ambito del dosaggio edittale di pena; è senz'altro vero che, fino ad oggi, la Corte costituzionale non si è ancora determinata a percorrere questa strada²⁵⁴, né sono ravvisabili segnali di possibili cambiamenti di rotta. Se davvero si intende, però, lo *Schuldprinzip* come "*imprescindibile principio di civiltà giuridica*"²⁵⁵, come "*punto d'arrivo di una lunga evoluzione verso il rispetto della persona umana*"²⁵⁶, questo ulteriore passo va compiuto senza ulteriori timori o indugi.

4.2.4 Il principio rieducativo della pena

Prima di studiare il volto costituzionale della pena, come ricostruito dalla Corte nella sua elaborazione giurisprudenziale, è fondamentale chiedersi qual sia, secondo quest'ultima, il fine della sanzione criminale. Di per sé, infatti,

²⁵³ Si precisa che questo *tertium comparationis* può essere solo il concorso materiale e non già quello formale. Ciò in quanto solo il primo determina univocamente la pena minima e massima ipoteticamente applicabile, a differenza del secondo che, come noto, prevede invece un aumento discrezionale fino al triplo della sanzione prevista per il reato più grave. Inoltre, la pena determinata in applicazione della disciplina del concorso formale non può mai superare, per espressa previsione normativa (art. 81, c. 3, c.p.), quella che deriverebbe dall'applicazione degli artt. 72 ss. c.p., cioè delle norme che disciplinano il concorso materiale di reati.

²⁵⁴ Di ben più ampi margini di operatività gode, invece, il principio di colpevolezza quale criterio ermeneutico a disposizione del giudice per i casi di responsabilità oggettiva. Cfr., per un recente valorizzazione della colpevolezza come canone esegetico, Corte cost., sent. 24 luglio 2007, n. 322, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n. 11, p. 1461 ss. con nota di RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della corte costituzionale?*

²⁵⁵ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 276.

²⁵⁶ ROMANO, *Commentario*, cit. p. 326.

scontato che non può consistere “*nel tormentare ed affliggere un essere sensibile*”²⁵⁷, la pena si giustificabile esclusivamente nell’ambito di una prospettiva finalisticamente orientata ad uno scopo, e la sua giustizia (o la sua fallacia) non possono che decretarsi al lume di quest’ultimo. Pertanto, non possiamo affermare cosa sia, nel pensiero della Corte, la pena costituzionalmente “giusta”, se non sappiamo prima a quale fine, secondo quest’ultima, essa è orientata²⁵⁸.

A tal proposito, però, dobbiamo notare che ricostruire il teleologismo della pena nell’ambito della giurisprudenza costituzionale è operazione senz’altro complessa, perché l’evoluzione che essa ha subito nel corso dei decenni non è ancora del tutto terminata e, per come è venuta in concreto a strutturarsi, difficilmente cesserà mai di fornire spunti di riflessione. Sul perché della tortuosità del percorso giurisprudenziale solcato dalla Corte le risposte possono essere varie: sicuramente però – come ricorda Fiandaca – “*prima ancora che istituto ricostruibile con le categorie tecnico-giuridiche del diritto penale, la pena è un’istituzione sociale: come tale, essa desume i suoi significati dalla società e dalla cultura*”²⁵⁹, e dal momento che a tali interazioni con il contesto sociale non è, e non può essere, insensibile l’interprete, compreso il Giudice delle leggi, è presto spiegato per quale ragione – a fronte di un dato letterale rimasto immutato nel tempo – la giurisprudenza costituzionale si sia evoluta in modo così significativamente contrastato.

Da sempre, infatti, la teoria della “*polifunzionalità della pena*”, autorevolmente sostenuta in dottrina²⁶⁰, è patrimonio della giurisprudenza

²⁵⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Armani G. (a cura di), Garzanti, 2003, p. 73.

²⁵⁸ PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli, 1981, p. 183.

²⁵⁹ FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 131.

²⁶⁰ VASSALLI, *Scopi e insufficienza della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1961, p. 297 ss. Scrive infatti l’illustre Autore (p. 303): “*ci è sembrato doveroso [...] esporre così le ragioni per cui nessun serio*

costituzionale, che ha evidenziato, in particolare, come essa assolve contemporaneamente *più funzioni*, che debbono collocarsi nei noti paradigmi finalistici della retribuzione, della prevenzione generale e di quella speciale e, naturalmente, della rieducazione del reo²⁶¹. Sulle ragioni che hanno indotto la Corte ha percorrere questa strada incombe, in effetti, il sospetto che esse attengano, più che alla sua correttezza dogmatica e costituzionale, alla sua malleabilità politico-criminale. Sul punto, restano forse insuperate le parole scolpite da una dottrina d'oltralpe secondo la quale la c.d. concezione sincretistico-additiva della pena ricorda “*un medesimo piatto nel quale tutto si mescola e l'incompatibile si presenta come compatibile [...], un mercato di possibilità tra loro incompatibili dal quale ciascuno, tenendo conto dell'opportunità politica, prende liberamente quello che desidera*”²⁶².

Tuttavia, il dato più rilevante ai nostri fini non è l'origine *lato sensu* “politica” dell'adesione a tale teorica della pena da parte della Corte costituzionale, ma il valore che, nell'ambito di quest'ultima, viene ad assumere il *rehabilitative ideal*, perché è proprio su questo punto che l'evoluzione giurisprudenziale sembra schiudere le prospettive di più grande interesse. L'obiettivo costituzionalmente imposto del finalismo rieducativo della pena, infatti, è stato a lungo il “grande assente” nella teoria della polifunzionalità della pena, confinato come'era dalla Corte costituzionale negli angusti limiti segnati dalla fase esecutiva della pena²⁶³. Nella

sistema penale saprebbe sottrarsi ad un sano sincretismo, così come ad una posizione sincretistica ed eclettica appare ispirato [...] il sistema oggi vigente in Italia: e non solo nel senso di porre accanto alla pena, come mezzo di lotta contro il delitto, la misura di sicurezza, ma anche e soprattutto col cercar di raggiungere una pluralità di fini per il mezzo stesso della pena”.

²⁶¹ Offre un'ampia e approfondita panoramica sulle varie correnti dottrinali in materia di finalità della pena più e meno recenti FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 233 ss. A livello manualistico, cfr., per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 660 ss.

²⁶² Cfr. CALLIES, *Strafzwecke und Strafrecht*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1989, p. 1339, citato da FIANDACA, *Scopi della pena*, cit. p. 135, sub nt 8.

²⁶³ Come ricorda la stessa Corte nella sentenza 313 del 1990, di cui si parlerà a breve, si trattava di un orientamento pressoché costante: cfr. Corte cost. n. 48 del 1962; 67 del 1963; 12 del 1966; 124 del 1970; 264 del 1974; 102 del 1985; 306 del 1993. in dottrina, cfr. DOLCINI, *Razionalità nella*

giurisprudenza si leggono espressioni lapidarie sul punto: ad es., in una sentenza relativa all'art. 102 del T.U. delle leggi elettorali, che disponeva l'inapplicabilità della sospensione condizionale della pena per i reati previsti nel medesimo T.U., la Corte ha posto in luce come l'art. 27, c. 3, Cost. "*faccia riferimento ai modi di esecuzione della pena, e perciò è arbitrariamente richiamata nel presente caso*"²⁶⁴ ed ha rigettato la questione di legittimità sollevata²⁶⁵. Del pari, con la sent. n. 102 del 1985²⁶⁶, la Corte ha affermato che l'efficacia rieducativa della pena "*dipende soprattutto dal regime esecutivo della stessa*" e, quindi, nessuna questione può porsi sotto l'egida dell'art. 27, c. 3, Cost.

Simile orientamento, che perdura fino al 1990, ha costituito, di fatto, un fattore di significativo svilimento della funzione costituzionalmente propria della pena ad esclusivo vantaggio di prospettive teleologiche dal fondamento costituzionale sicuramente meno fermo, e comunque non testuale, ed ha altresì impedito in radice lo sviluppo di una coerente giurisprudenza che arrivasse a sindacare il profilo sanzionatorio del precetto penale con riferimento anche alla sua idoneità "genetica" a favorire la rieducazione del reo. La situazione, però, è radicalmente mutata con le sent. n. 313 del 1990 e n. 341 del 1994, che sanciscono la "nascita" di un importante filone giurisprudenziale: resta senz'altro vero che, come ricorda un'autorevole dottrina, "*la realtà della pena è tutta nella sua esecuzione*"²⁶⁷, ma con tali pronunce, sovvertendo l'orientamento fino ad allora dominante, la Corte ha chiarito che la pena deve

commisurazione della pena, in Riv. it. dir. pen. proc., 1990, p. 811. FIANDACA, *Commento all'art. 27, c. 3*, in *Commentario della Costituzione*, BRANCA-PIZZORUSSO (a cura di), 1991, p. 330 ss.

²⁶⁴ Cfr. Corte cost. n. 48 del 1962 cit.

²⁶⁵ Circa vent'anni dopo, però, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dello stesso art. 102 del citato T.U. sulla base del fatto che il divieto di applicabilità del beneficio della sospensione condizionale era stato soppresso dalla l. 933/1973 con riferimento alle elezioni politiche nazionali ed europee, nonché con riguardo alle Regioni a statuto speciale, mentre era rimasto in vigore per le elezioni regionali, con evidente e palese violazione del principio di uguaglianza. Sul punto, cfr. Corte cost. 23 luglio 1980, n. 121, edita in *Giur. cost.*, 1980, I, p. 1050 ss.

²⁶⁶ Edita in *Giur. cost.*, 1985, p. 630 ss.

²⁶⁷ MUSCO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 407.

assolvere alla finalità rieducativa del reo, in ogni sua fase e, quindi, anche in quella della minaccia legale.

3.4.2. *La finalità rieducativa nella giurisprudenza della Corte* – Se la sent. 364 del 1988 ha rappresentato una svolta storica con riferimento alla struttura della fattispecie incriminatrice, allo stesso modo la sent. 313 del 1990 ha rappresentato la chiave di volta con riferimento alla cornice edittale di pena²⁶⁸. Per la prima volta, infatti, la Corte – superando espressamente il precedente orientamento sopra descritto – afferma con chiarezza che la finalità rieducativa della pena attiene al contenuto ontologico della pena stessa, e deve quindi orientare non solo il giudice nella fase della relativa determinazione ed esecuzione in concreto, ma anche lo stesso legislatore nel momento di configurazione della stessa a livello di previsione edittale.

Il caso di specie sottoposto a scrutinio di costituzionalità concerneva l'art. 444 c.p.p. nella parte in cui – disciplinando il rito speciale dell'applicazione della pena su richiesta della parti – non prevedeva alcun tipo di controllo del giudice sulla pena da infliggersi all'imputato, come risultante dall'accordo con la parte pubblica. In particolare, la ricordata disposizione processuale prevedeva che il giudice dovesse verificare esclusivamente la correttezza: *a)* della qualificazione giuridica del fatto; *b)* dell'applicazione delle circostanze del reato; *c)* della relativa comparazione a norma dell'art. 69 c.p., e *d)* della richiesta di concedere la sospensione condizionale della pena. Nessuna disposizione prevedeva, invece, che questi potesse verificare la congruità della pena negozialmente determinata rispetto agli scopi cui quest'ultima deve tendere. Il punto problematico, quindi, stava nello *svuotamento* del potere commisurativo del giudice, potere che – senza alcun

²⁶⁸ In questo senso DOLCINI, *Razionalità*, cit., p. 811. Come vedremo, però, il giudizio non è unanime in dottrina.

controllo – traslava integralmente nella sfera di competenza del pubblico ministero, con tutte le criticità, anche sistematiche, che ciò poteva comportare²⁶⁹. Il rischio – segnalato per tempo da una dottrina tra le più sensibili al tema della commisurazione della pena²⁷⁰ – era che la pena risultasse così sproporzionata per difetto²⁷¹ da vanificare *in toto* qualunque istanza rieducativa nei confronti del reo, con evidenti ricadute sulla già carente effettività del sistema penale. La Corte coglie in pieno questa insidiosa criticità e parte da essa – con il solido ancoraggio all’art. 27, c. 3, Cost. – per giungere a restituire al giudice il controllo sul potere di commisurazione della pena. Più nello specifico, la Corte rileva che lo scopo rieducativo della pena deve essere tenuto presente in ogni fase della fenomenologia punitiva – dal legislatore fino alle autorità penitenziarie – e in nessuna di essa può mancare un controllo sulla sua congruità rispetto a tale scopo. Conseguentemente, il comma 2 dell’art. 444 c.p.p. deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella

²⁶⁹ PAPA, *La crescita miracolosa del bonsai*, cit., p. 863 ss.; DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità e misura della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 569 ss.; DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1090 ss.

²⁷⁰ Cfr., per tutti, DOLCINI, *Razionalità*, cit., p. 803 ss.

²⁷¹ Sul principio di proporzionalità cfr. l’opera, ancora oggi fondamentale, di ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 152 ss. Ma v. anche PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 443 ss.; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Diritto penale in trasformazione*, MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), Milano, 1985, p. 387 ss. VECCHI, *Disvalore dell’oltraggio e comminatoria edittale di pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1996, p. 798 ss. È peraltro di grande interesse notare come questa pronuncia sia una delle prime e più importanti spie di quella “eterogenesi dei fini” che, con il tempo, è andato subendo il principio di proporzionalità, il quale, da argine di garanzia – intimamente armonizzato con il principio di colpevolezza (HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 52 ss.) – verso draconiane pretese punitive del legislatore, si è tradotto “in un insospettabile catalizzatore di istanze punitive” (MANES, *Attualità e prospettive*, cit., p. 747). Per la verità, la dottrina da ultimo citata parla di un “rischio” che il principio di proporzione assuma funzioni diverse da quelle di garanzia che tradizionalmente le sono proprie, ma la sentenza in esame mostra che, di fatto, questo “rischio” si è già concretizzato. L’esperienza italiana sembra quindi avvicinarsi (e ciò non necessariamente costituisce un male) a quella d’oltralpe che, come noto, da tempo conosce la distinzione, anche in sede penale, tra “divieto di misure eccessivamente onerose” (*Übermaßverbot*) e “divieto di misure insufficienti” (*Untermaßverbot*). Per un’interessante applicazione di questo principio in materia di aborto cfr. LUTHER, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 1993-1994*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3879 ss. V. anche BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso ruolo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, p. 287 ss.

parte in cui non consente il controllo del giudice nella fase – decisiva – della individualizzazione della pena entro i limiti edittali.

Questa statuizione può sembrare, ai nostri fini, di non particolare rilevanza, essendo relativa ad una disposizione puramente processuale, che peraltro va ad incidere su un aspetto della pena, quello della sua commisurazione in sede giudiziale, che è logicamente successivo e ontologicamente diverso da quello qui trattato. Tuttavia, sarebbe profondamente erroneo non considerare questa sentenza ai fini che qui rilevano. Essa introduce, infatti, un nuovo (e fino a quel momento *negato* dalla Corte) parametro di liceità costituzionale di fondamentale importanza per valutare il sistema delle cornici edittali vigenti e future, poiché afferma, *apertis verbis*, che la finalità rieducativa deve plasmare il contenuto della pena *fin dal momento della comminatoria legale*. La sent. 313 del 1990 segna quindi un passo fondamentale nella giurisprudenza costituzionale²⁷², poiché arricchisce l'armamentario di principi regolatori del potere punitivo dello Stato sul versante quantitativo, rafforzando il ruolo della Corte costituzionale, la quale, infatti, di questo nuovo potere non tarderà a fare sapientemente uso; è di soli quattro anni successiva, infatti, la sent. n. 341 del 1994 in materia di oltraggio a pubblico ufficiale, cioè una tra le decisioni più rilevanti nella prospettiva d'indagine che qui interessa e che, per la sua importanza, merita un'analisi ad essa specificamente dedicata.

²⁷² Parla addirittura della sentenza in esame come di “*un programma di politica del diritto penale*” DOLCINI, *Razionalità*, cit., p. 812. In senso positivo si esprime anche CORBETTA, *Sindacato di legittimità*, cit., p. 157. VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio*, cit., p. 798 ss.; *Contra*, però, MONACO-PALIERO, *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, p. 420 ss. i quali esprimono forti perplessità in ordine all'effettiva portata della sentenza 313 del 1990, in particolare rilevando che “*questa tardiva presa di coscienza [della Corte costituzionale] non convince appieno*” in quanto “*l'enfatizzazione della funzione rieducativa in tutte le sue fasi cade in un momento in cui le richieste di inasprimento generalizzato si fanno un po' dappertutto pressanti. [...]. La resipiscenza della Corte, perciò, quanto meno insospettisce, e si colloca comunque in stridente contrasto con i risultati della moderna ricerca sulla rieducazione quale scopo della pena*”.

4.2.4.2 *Gli orizzonti schiusi dalla sent. n. 341 del 1994* – La particolare rilevanza della sent. n. 341 del 1994²⁷³ è data dal fatto che essa costituisce una delle prime proiezioni di quel *neuer Kurs* inaugurato dalla Corte con la sentenza analizzata nel paragrafo che precede e, inoltre, dal fatto che essa incide direttamente sulla comminatoria edittale di pena, ma con una tecnica, cioè l’abbattimento del minimo edittale, del tutto inedita, che merita di essere analizzata a fondo.

La fattispecie concreta soggetta a scrutinio di costituzionalità era, come noto, il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, previsto originariamente previsto dall’art. 341 c.p. e punito – nell’ipotesi base di cui al primo comma – con la pena della reclusione da sei mesi a due anni²⁷⁴.

In merito a tale figura di reato, la Corte compie due distinte osservazioni critiche: la prima concerne la stessa opportunità di mantenere nell’ordinamento una figura di reato che si appalesa anacronistica e tendenzialmente incompatibile con il sistema costituzionale degli Stati a democrazia matura²⁷⁵, come provato dal fatto che – negli ordinamenti stranieri – il delitto di oltraggio o non è previsto o, se lo è, è punito con pene decisamente più miti. La seconda, più rilevante ai nostri fini, è quella che direttamente conduce alla dichiarazione di incostituzionalità, e si fonda sul

²⁷³ In *Foro it.*, 1994, I, p. 2586 ss. con nota di FIANDACA. Sulla sentenza in esame, cfr. i commenti di GALLO, *L’evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3203 ss.; SPASARI, *Riflessioni minime*, cit., p. 2810 ss.; PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza della sanzioni penali*, cit., p. 2815 ss.; ARIOLLI, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 29 ss.

²⁷⁴ Dopo la dichiarazione di incostituzionalità del minimo edittale, il legislatore, accogliendo le plurime riserve sul mantenimento di questa anacronistica figura di reato espresse dalla Corte costituzionale, aveva proceduto alla sua abrogazione con la l. 205 del 1999. Successivamente, però, il legislatore è tornato sui suoi passi; con la l. n. 94 del 2009, infatti, il delitto di oltraggio è stato reinserto nel codice penale (all’art. 341-bis), e prevede oggi – in armonia con quanto stabilito dalla Corte con la sent. 341 del 1994 – la pena della reclusione fino a tre anni. Per un quadro d’insieme su tali modifiche cfr. GATTA, *La resurrezione dell’oltraggio a pubblico ufficiale*, in MAZZA-VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 2009, p. 153 ss.

²⁷⁵ Per approfondimenti sul punto, cfr. PALAZZO, *Questioni di costituzionalità*, cit., p. 1309 ss.; ARIOLLI, *Il delitto di oltraggio*, cit., p. 30 ss.

rilievo, già evidenziato in precedenti sentenze della Corte²⁷⁶, che il minimo edittale previsto per il delitto di oltraggio (sei mesi) era di ben dodici volte superiore a quello previsto per la più generale figura di reato dell'ingiuria aggravata, cioè quindici giorni (artt. 594 e 61, n. 10 c.p.). Sulla base di questo rilievo la Corte afferma che siffatto minimo edittale risulta *sproporzionato* per eccesso rispetto a tutte quelle condotte di minima entità che appena scalfiscono l'oggettività giuridica del reato di oltraggio, cioè il prestigio della pubblica amministrazione²⁷⁷. Ciò fa dire alla Corte che la previsione di una pena sproporzionata per eccesso, cioè irragionevolmente superiore alla condotta incriminata e all'offesa al bene giuridico arrecata, pregiudica *ab origine* la finalità rieducativa assegnata alla pena dall'art. 27, c. 3, Cost., azzerando qualunque eventuale disponibilità psichica del reo all'introspezione del valore violato con la propria azione²⁷⁸. Sulla base di tali considerazioni, quindi, la Corte dichiara l'incostituzionalità del minimo edittale di sei mesi previsto dall'art. 341 c.p., che viene così ricondotto, in applicazione dell'art. 23 c.p., a quindici giorni di reclusione, ovvero, lo stesso minimo edittale previsto dall'art. 594 c.p.

La sentenza in esame è di grande importanza ai nostri fini, e va accolta con favore per una pluralità di ragioni. In primo luogo, è condivisibile nel merito del *decisum*²⁷⁹, perché con essa, per la prima volta, la Corte estende

²⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 1968; n. 165 del 1972; n. 51 del 1980; ord. n. 323 del 1988 e n. 127 del 1989. Appare significativa, tra queste, soprattutto la prima, in quanto con essa la Corte, pur criticando il minimo edittale perché troppo elevato, rigettò la questione di legittimità sul rilievo che ha ritenuto comunque spettante al solo legislatore determinare il giusto rapporto tra reato e pena. Un'ulteriore conferma, se mai ve ne fosse stato bisogno, del tasso di aleatorietà che caratterizza il sindacato di costituzionalità in tema di misura della pena.

²⁷⁷ PALAZZO, *Questioni di costituzionalità*, cit., p. 1317-1318, con ampi richiami dottrinali conformi.

²⁷⁸ Questo concetto si rinviene anche in un noto esperimento di politica criminale senz'altro degno di nota: il riferimento è alla Circolare della Presidenza del Consiglio del 19 dicembre 1983, elaborata da una commissione presieduta da PADOVANI, che si incaricò di dettare alcuni "*Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*". La Circolare è pubblicata in *Leg. pen.*, 1984, p. 281 ss.

²⁷⁹ In questo senso CORBETTA, *Sindacato di legittimità*, cit., p. 154 ss.; FIANDACA, *Nota a Corte cost. n. 341 del 1994*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2586 ss. Parla di "*sentenza sobria e acuta, all'altezza delle*

anche alla fase della minaccia legale il principio del finalismo rieducativo della pena che a lungo, come visto, era rimasto confinato nelle angustie della sola esecuzione penale. In secondo luogo, essa si fonda su una valorizzazione delle istanze di *proporzione* tra fatto e pena, sulle quali ammoniva già Beccaria²⁸⁰, che si fanno così latrici di valori prettamente penalistici, e non più meri indici sintomatici dell'irragionevolezza della disciplina sanzionatoria. Ma soprattutto questa decisione appare di grande rilevanza, in quanto fa ricorso ad un nuovo strumento operativo per la ricerca di più soddisfacenti punti di equilibrio tra l'esercizio della discrezionalità tipicamente riservata al legislatore in materia penale ed il controlimito, faticosamente affermatosi nell'elaborazione giurisprudenziale, della irragionevolezza delle scelte effettuate. Tale nuovo strumento è da ravvisarsi nella possibilità di far sfociare il giudizio di costituzionalità della previsione sanzionatoria non nell'eliminazione *tout-court* della fattispecie incriminatrice, bensì nella modulazione del trattamento sanzionatorio previsto operato direttamente dalla Corte mediante *l'abbassamento del minimo edittale di pena*. Si tratta di un punto di fondamentale importanza che, per la sua idoneità a schiudere prospettive di grande interesse, va indagato più a fondo.

Invero, se si analizza nel dettaglio la sent. 341 del 1990, ci si avvede quasi subito di alcuni profili di apparente incoerenza che la affliggono. A leggere la prima parte della sentenza, infatti, dove la Corte si sofferma non sulla incostituzionalità della pena, ma sull'antistoricità e incostituzionalità della previsione incriminatrice *tout-court*, emerge come essa evidenzi con forza la matrice autoritaria del delitto sottoposto al suo esame, desumendola non solo dalla sua tendenziale estraneità alla tradizione liberale italiana (il

migliori tradizioni della Corte" GALLO, *L'evoluzione del pensiero*, cit., p. 3203.; VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio*, cit., p. 788 ss.

²⁸⁰ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., p. 18 ss.; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 387 ss.

codice Zanardelli, invero, prevedeva questo delitto, ma con pene sensibilmente inferiori) e dal suo attuale anacronismo (comprovato dall'assenza di incriminazioni simili in altri Paesi europei a democrazia matura), ma anche dalla sua tendenziale incompatibilità con la nuova concezione repubblicana dei rapporti tra Stato e individuo. Se tali sono le premesse, la conseguenza più logica cui la Corte avrebbe dovuto pervenire era nel senso della integrale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 341 c.p., per la sua intrinseca inconciliabilità, come pone in luce la Corte, con la "*mutata coscienza sociale e [con i] principi costituzionali*".

Detta conclusione, però, non poteva essere tratta, per la semplice ragione che sarebbe risultata fondata su motivazioni di ordine squisitamente politico-criminale²⁸¹; appare infatti arduo ricondurre a paradigmi argomentativi di carattere tecnico-giuridico i plurimi riferimenti che la Corte opera all'anacronismo dell'incriminazione o alla "*mutata coscienza sociale*", apparendo invece questi ultimi più correttamente inquadrabili nell'ambito delle tipiche ragioni che determinano la necessità di superare una certa incriminazione, cioè la sua sopravvenuta disarmonia con le coordinate valoriali divenute dominanti nella collettività nazionale. Verosimilmente conscia che una dichiarazione di incostituzionalità avrebbe potuto oltrepassare i confini del controllo costituzionale riservato alla Corte, essa rifugge dalla integrale declaratoria di incostituzionalità della norma, e ripiega verso un soluzione del tutto innovativa²⁸², limitandosi a dichiarare incostituzionale, come visto, il solo minimo edittale di pena, in ragione della sua eccessiva sproporzione. Si tratta, all'evidenza, di una soluzione "di compromesso", dettata dall'esigenza di non oltrepassare il confine segnato dall'art. 28 della

²⁸¹ Condivisibilmente FIANDACA, nella nota alla sentenza in esame, cit., p. 2588 ss., sottolinea come la decisione in commento se, da un lato, appare "*senz'altro accettabile nel merito sostanziale*", dall'altro non risulta "*del tutto esente da riserve sotto il profilo del rispetto dei limiti intrinseci del sindacato di costituzionalità*".

²⁸² Non risultano, infatti, precedenti analoghi: sul punto, PINARDI, *Riflessioni*, cit., p. 2822 ss.

legge istitutiva della Corte, che però si rivela, come per tempo segnalato dalla dottrina²⁸³, un passaggio *decisivo* per l'evoluzione del sindacato di costituzionalità in materia di dosimetria sanzionatoria sotto un triplice profilo.

In primo luogo, pare essersi realizzato un rafforzamento del carattere propriamente “penalistico” del predetto sindacato. L'assunzione a metro di giudizio della sanzione edittale di un parametro puramente penalistico, quale è l'art. 27, c. 3, Cost., contribuisce, infatti, a svincolare il controllo di costituzionalità dalla predominanza assoluta del canone di ragionevolezza.

In secondo luogo, se si analizza la giurisprudenza costituzionale successiva alla pronuncia in esame, si può facilmente notare come la quasi totalità delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale contengano *sempre* un richiamo all'art. 27, c. 3, Cost. per sanzionare l'inidoneità della pena legalmente comminata rispetto alla finalità rieducative che costituzionalmente le è (dovrebbe esserle) propria²⁸⁴.

Da ultimo, non può non evidenziarsi come la soluzione prescelta dalla Corte costituzionale costituisca uno strumento in grado di colmare la grande distanza, segnalata in precedenza²⁸⁵, tra gli ampi spazi teoricamente riconosciuti al sindacato di costituzionalità sul *quantum* di pena, e le ristrettezze che invece lo caratterizzano sul piano operativo. Incidere esclusivamente sul minimo edittale della pena, infatti, significa: *a)* salvare l'incriminazione voluta dal legislatore, con il non secondario vantaggio di superare l'atavico timore della Corte di invadere le prerogative del legislatore in materia penale; *b)* non creare perniciosi vuoti di tutela.

Le corti di merito, quindi, hanno a disposizione uno strumento concettuale ed operativo che consente di incidere in misura solo parziale sulla scelta politico-criminale veicolata attraverso la comminatoria edittale, e ciò

²⁸³ VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio*, cit., p. 802 ss.

²⁸⁴ Segnalava questa tendenza già nel 1998 PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 363-364.

²⁸⁵ Cfr., *supra*, par. 4.2.1.4.

può determinare maggiori *chance* di accoglimento della questione di costituzionalità. Del resto, le stesse corti non hanno tardato a fondare i ricorsi al Giudice delle leggi proprio invocando, in genere in via subordinata rispetto al *petitum* principale rappresentato dalla domanda di caducazione della norma, una riduzione del minimo edittale²⁸⁶.

L'impatto della sentenza in esame sul giudizio di costituzionalità delle comminatorie edittali di pena è dunque estremamente importante, perché ha fornito alla Corte costituzionale uno strumento che può consentirle di assumere un ruolo più incisivo nell'opera di costituzionalizzazione delle comminatorie edittali di pena disseminate nell'ordinamento penale. Questo, naturalmente, non deve far dimenticare che l'atteggiamento di tendenziale prudenza nell'accogliere le numerose²⁸⁷ questioni di costituzionalità sollevate non è affatto svanito. A questo proposito, può essere utile richiamare la sent. 5 giugno 2006, n. 229 che aveva ad oggetto l'art. 1104 del codice della navigazione il quale prevede, per il reato di offesa in danno del comandante, di un ufficiale o sottufficiale o di un graduato, a bordo della nave o dell'aeromobile, la pena della reclusione da sei mesi a due anni (si noti: la stessa pena che era prevista per il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale). Sulla scorta dell'identità delle condotte punite dall'art. 341 c.p. (nel frattempo addirittura abrogato) e della stessa sentenza 341 del 1994, il Tribunale di Genova chiedeva, in via principale, la dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice e, in via subordinata, del solo minimo edittale. Tuttavia, la Corte costituzionale respinge entrambe le questioni, dichiarandole manifestamente infondate. Richiamandosi infatti ad un proprio precedente del 1987²⁸⁸ in cui si chiariva che l'art. 341 e l'art. 1104 cod. nav. avevano in realtà

²⁸⁶ Corte cost., ord. 5 giugno 2006, n. 229; sent. 13 luglio 2005, n. 325; ord. 28 dicembre 2001, n. 438. Cfr., inoltre, le varie sentenze emesse in materia di immigrazione che verranno esaminate nel prosieguo.

²⁸⁷ Se ne contano infatti ben 33 dal 1997 al 2010.

²⁸⁸ Corte cost., ord. 383 del 12 novembre 1987.

beni giuridici diversi (il prestigio della P.A., nel primo caso, la sicurezza a bordo della nave o dell'aeromobile, nel secondo), la Corte afferma che le due fattispecie non sono sovrapponibili e, conseguentemente, il limite della ragionevolezza nella differenziazione sanzionatoria non è stato violato.

In verità, le cadenze argomentative fatte proprie dalla Corte non convincono affatto. L'argomento della diversità degli interessi tutelati dalle predette fattispecie avrebbe potuto, al limite, giustificare il mantenimento dell'incriminazione, ma non pare affatto idoneo a conferire ragionevolezza ad una situazione per cui l'ingiuria aggravata per aver commesso il fatto in danno di un p.u. è punita con un minimo edittale di quindici giorni di reclusione, se commessa sulla terraferma, e con sei mesi di reclusione, se commessa su una nave o su un aeromobile. In realtà, anche l'oltraggio a p.u. e l'ingiuria aggravata non erano del tutto sovrapponibili, per via del carattere plurioffensivo della prima figura di reato, ma ciò non ha impedito di far dire alla Corte che non era giustificabile, a fronte della medesima condotta vietata, un minimo edittale dodici volte superiore per i casi di oltraggio.

In ogni caso, al di là di alcune prese di posizione ben capaci di "raffreddare gli entusiasmi" sollevati dalla sent. 341 del 1994, è certo che oggi un nuovo ed importante metro di valutazione della liceità costituzionale delle comminatorie di pena, quello della proporzione tra fatto e pena per garantire il finalismo rieducativo costituzionalmente proprio della pena, può dirsi patrimonio della giurisprudenza della Corte costituzionale; un dato che, pur con tutti i limiti che lo connotano, non può che salutarsi con favore.

5. I DELITTI CONTRO LA LIBERTÀ PERSONALE E SESSUALE COME “BANCO DI PROVA” DELLE PROBLEMATICHE IN MATERIA DI COMMINATORIA EDITTALE

Nelle pagine che precedono si è evidenziato come i tentativi posti in essere da legislatore e Corte costituzionale di armonizzare le comminatorie edittali con il quadro di legalità costituzionale siano avvenuti in assenza di qualunque prospettiva di ampio respiro, e non abbiano di fatto apportato alcuna credibile rinnovazione del sistema delle comminatorie edittali. Al contrario, il mancato coordinamento tra i vari interventi normativi sopra ricordati e i correttivi apportati dalla giurisprudenza costituzionale rende oggi ancora più difficile riuscire ad individuare e seguire un percorso di razionalità nello studio e nell'analisi delle comminatorie edittali di pena.

E sarebbe senz'altro erroneo ritenere che tale situazione non abbia un rilievo in via puramente teorica e, dunque, sia priva di riflessi operativi. Come vedremo nel presente capitolo, infatti, l'assenza di un più generale disegno di razionalità che sorregge e guida le determinazioni edittali del legislatore si risolve in macroscopiche violazioni dei principi costituzionali rispetto alle quali l'interprete non può porre rimedio se non ricorrendo alla Corte costituzionale, che però, proprio per l'atteggiamento di *self-restraint* che ne caratterizza il sindacato in materia di cornici edittali, nella quasi totalità dei casi risulta essere inutile.

Per meglio chiarire quali siano le conseguenze del sostanziale arbitrio che caratterizza la quantificazione astratta del *quantum* di pena, possiamo esaminare i quadri edittali propri dei delitti contro la libertà personale e sessuale. Si è scelto di approfondire questo particolare e delicato settore di tutela, poiché esso ha subito, nel corso dei decenni, tali e tante interpolazioni a

livello edittale che risulta oggi il banco di prova più idoneo per illuminare al meglio non solo l'insostenibilità, sul piano costituzionale, di un sistema come quello vigente, che lascia al legislatore la possibilità di agire in sede punitiva in assenza di qualsivoglia parametro-guida, ma anche l'insufficienza del controllo di costituzionalità operato dal Giudice delle leggi ed il conseguente senso di disagio che l'interprete avverte nel momento in cui deve applicare pene legali manifestamente irragionevole o sproporzionate.

Possiamo quindi procedere nell'analisi, esaminando partitamente dapprima le comminatorie connesse ai delitti contro la libertà personale e in un secondo momento quelle relative ai delitti contro la libertà sessuale.

5.1 Il sequestro di persona dopo la l. 94/2009

5.1.1 Note sulla nozione di libertà personale – Il sistema dei delitti contro la libertà personale (artt. 605-609 c.p.) costituisce tradizionalmente un settore particolarmente dibattuto in dottrina e giurisprudenza sotto un pluralità di profili, primo fra tutti, la concreta individuazione dei confini del bene giuridico tutelato da queste fattispecie.

Si tratta di una questione che, ai nostri fini, ricopre un ruolo decisivo: non è infatti pensabile che si proceda l'analisi dei profili sanzionatori di un dato settore di tutela penale, prescindendo dalla corretta determinazione e delimitazione dell'oggettività giuridica protetta. Inoltre, definire questo aspetto diviene ancor più rilevante oggi, poiché i risultati – peraltro, come vedremo, tutt'altro che unanimi – raggiunti dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul punto devono oggi confrontarsi con una importante serie di modifiche normative introdotte alla struttura oggettiva di questa fattispecie ed al relativo corredo sanzionatorio al delitto di sequestro di persona dalla l. 15

luglio 2009, n. 94; ciò chiarito, si potrà poi procedere con lo studio del vigente quadro sanzionatorio.

Come noto, il fulcro del microsistema costituito dai delitti di cui agli art. 605-609 è rappresentato dalla *libertà personale*. Nonostante il ruolo di assoluta centralità che essa riveste non solo nel sistema penale, ma soprattutto in quello costituzionale, la definizione del bene giuridico in esame risulta però tutt'altro che incontrovertibile: su questo tema, infatti, si deve registrare la presenza, specie in dottrina, di due opposti orientamenti interpretativi.

Secondo un primo orientamento, autorevolmente sostenuto in dottrina²⁸⁹ ed accolto anche dalla giurisprudenza²⁹⁰, la libertà personale andrebbe intesa come semplice libertà di movimento, esplicazione libera ed incondizionata delle proprie facoltà cinetiche, “*generale possibilità di muoversi o di rimanere fermi nello spazio*” secondo un'autorevole opinione²⁹¹. Simile nozione di libertà personale appare invero convincente. In primo luogo, risulta pienamente coerente con l'ideologia autoritaria dell'epoca di emanazione del codice – ben espressa nei lavori preparatori²⁹² – la quale concepiva la libertà personale non come “[...] *una prerogativa naturale, un diritto originario della persona, ma come un interesse di tipo ordinamentale-statuale di rango sempre sovraordinato*”²⁹³. In secondo luogo, essa contribuisce a fornire un substrato materiale ad un valore, quale quello della libertà, che per definizione ne è privo, e ciò costituisce presumibilmente una delle principali ragioni che hanno determinato l'affermarsi di tale tesi anche a

²⁸⁹ VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti Calamandrei*, vol. V, p. 353 ss.; FLICK, *Libertà individuale (delitti contro)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, p. 535.

²⁹⁰ Cass., 22 giugno 1960, in *Giust. Pen.*, 1961, II, p. 357; Cass., 19 novembre 1982, in *Riv. Pen.*, 1983, p. 1024. V. anche il noto caso, relativo alla sottrazione di un neonato, deciso da Trib. Pavia, 17 luglio 1984, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985 p. 605 ss. con nota critica di PADOVANI.

²⁹¹ FLICK, *Libertà individuale*, cit., p. 544.

²⁹² Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. II, Roma, 1929, p. 401 ss.

²⁹³ FIANDACA, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. II, 2006, p. 161; PADOVANI, *Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà personale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, p. 609.

livello giurisprudenziale, in quanto rende immediatamente (o comunque più agevolmente) percepibile l'offensività della condotta incriminata.

Una seconda tesi, invece, affacciata in dottrina più recentemente, ma che ancora non ha trovato seguito in giurisprudenza, si fonda su un concetto costituzionalmente più congruo di libertà personale, in quanto mira a fornire una ricostruzione di quest'ultima il più possibile aderente alle indicazioni che possono essere tratte dal quadro costituzionale, in generale, e dall'art. 13 Cost. in particolare. Simile tesi offre un'interpretazione della libertà personale in termini “*personalistico-egualitari*”²⁹⁴, e cioè come “*libertà di*”, ma come “*libertà da*”, e più precisamente come libertà da qualunque tipologia di “*misure coercitive sul corpo*”²⁹⁵; detto in termini soggettivi, la libertà costituirebbe “*il diritto a non essere ridotto in stato di soggezione ad un potere alieno*”²⁹⁶. Orbene, è indubbio che – come è stato efficacemente detto – questa seconda ipotesi ricostruttiva appare “*umanamente più convincente*”²⁹⁷, non solo perché pone al centro della tutela penale la libertà personale concepita come concreta possibilità per l'uomo di esplicitare compiutamente la propria persona (art. 2 in combinato disposto con l'art. 13 Cost.), e non come mera facoltà di locomozione, ma soprattutto perché consente di ricondurre entro il raggio di operatività dell'art. 605 tutta una serie di condotte che, per le peculiari condizioni psico-fisiche delle persone offese, si collocano al di fuori di essa. Il riferimento è ai noti casi del sequestro dell'*infans*, dell'*amens*, del dormiente, del paralitico, etc., ossia a tutti quei soggetti *ab origine* privi della capacità di locomozione autonoma o incapaci di percepire la stessa limitazione della libertà personale, i quali – in ossequio alla tesi tradizionale – non godono

²⁹⁴ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro la persona*, vol. I, 2005, p. 273.

²⁹⁵ PADOVANI, *Il sequestro di persona*, cit., p. 614. In questo senso anche MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 273; FOLADORE, *Osservazioni in tema di sequestro di persona in danno di soggetti minori o incapaci*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1423 ss.

²⁹⁶ GALLO, *Sequestro di persona*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, 1992, p. 3.

²⁹⁷ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 273.

quindi della tutela penale “forte” apprestata dai delitti contro la libertà personale, ed in particolare dall’art. 605 c.p.

Tuttavia, nonostante le ragioni indubbiamente nobili che la ispirano, sembra in effetti arduo accogliere questa opzione ricostruttiva. In primo luogo, deve tenersi in debito conto che i possibili profili di carenza nella tutela penale sono di fatto esclusi dalla *law in action*. La giurisprudenza, infatti, non ha esitato a ritenere, ad esempio, che ai fini della configurabilità del sequestro di persona *non* è rilevante lo stato di incoscienza del soggetto passivo nel caso debba presumersi il suo dissenso alla privazione della libertà²⁹⁸; del pari, si è ritenuto che integri gli estremi di quest’ultima fattispecie la condotta di colui che chiude in una stanza e lega al letto minori cerebropatici ricoverati presso un istituto di cura²⁹⁹. Certamente, restano alcuni punti problematici: nulla esclude, infatti, che condotte privative della libertà personale aventi ad oggetto persone con disabilità psico-fisiche inabilitanti la locomozione, o deficienze mentali che rendono a loro stessi non percepibile la privazione stessa della privazione controversa è, invece, la questione relativa alla sottrazione di soggetti incapaci o minori; secondo alcune pronunce, questa condotta integra il reato di cui all’art. 605 c.p.³⁰⁰, mentre secondo altre si configura il meno grave reato di cui all’art. 574 c.p. (sottrazione di persone incapaci)³⁰¹, mentre secondo altre pronunce si debbono applicare entrambe le fattispecie laddove, oltre alla sottrazione del minore al proprio ambiente familiare o para-familiare, sussista anche una limitazione della libertà fisica di locomozione del minore o dell’incapace. Al di là della difficile determinazione dei confini operativi tra

²⁹⁸ Cass., 14 luglio 1983, Biancardi, in *Riv. Pen.*, 1984, p. 145.

²⁹⁹ C. ass. app. Roma, 8 aprile 1974, Pagliuca, in *Giust. Min.*, 1974, II, p. 271.

³⁰⁰ Cass. 24 novembre 1993, Nicora, CED 196520; Cass. 15 novembre 1977, Spada, in *Giust. Pen.*, 1978, II, p. 133.

³⁰¹ Cass., 7 luglio 1992, Bonato, CED 192259; Trib. Pavia, 17 luglio 1984, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985 p. 590 ss. con nota critica di PADOVANI.

gli artt. 573 e 574, da un lato, e l'art. 605 dall'altro³⁰², ben comprendendosi che l'incertezza qualificatoria ha serissimi risvolti sostanziali (quantum di pena; termini di prescrizione) e procedurali (si pensi inammissibilità di misure cautelari personali nel caso di sottrazione), ai nostri fini può essere sufficiente rilevare che in nessuno dei due casi il fatto risulta penalmente irrilevante e che, pertanto, il soggetto passivo gode comunque di tutela.

Il ridimensionamento della problematiche suscitate dall'impostazione ermeneutica attualmente dominante vale anche con riferimento alla (rilevantissima) questione concernente l'impossibilità di configurare il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), in caso di soggetto passivo infraquattordicenne o incapace; se questa condotta, infatti, già in origine non configura il sequestro di persona, bensì la diversa e meno grave fattispecie di cui all'art. 574 c.p., *a fortiori*, non potrà risultare integrata il fattispecie di sequestro finalisticamente qualificata, che si differenzia appunto da quella base per la sola presenza dell'intento estorsivo. Come si è correttamente fatto notare³⁰³, però, non si verifica alcun vuoto di tutela sotto questo profilo, in quanto per tali tipologie di condotte trova applicazione non la ricordata disposizione incriminatrice codicistica, bensì la speciale ipotesi prevista dall'art. 3 l. 718/1985 di esecuzione della Convenzione di New York del 1979, la quale prevede la reclusione da venticinque a trent'anni per

“Chiunque, fuori dai casi indicati dagli art. 289-bis e 630 del codice penale, sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla, o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, un'organizzazione internazionale tra più Governi, una persona fisica o giuridica, od una collettività di persone fisiche, a compiere qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione”.

³⁰² MIEDICO M., *Sub art. 574*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2006, p. 3771.

³⁰³ VIGANÒ, *Sub art. 605*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2006, pp. 4189-4190.

Sulla base di questa disposizione, risulta chiaro che non sussistono vuoti di effettività della tutela penale.

Questo rappresenta il quadro d'insieme delle opinioni come fino ad oggi affermatesi in dottrina e giurisprudenza; ma le profonde modifiche apportate dalla l. 94/2009 impongono di verificare la perdurante validità di questi risultati.

Come noto infatti, l'art. 3, c. 29, lett. a), della l. 94/2009, verosimilmente anche sulla scorta di drammatiche vicende giudiziarie tuttora in corso³⁰⁴, ha profondamente modificato – unitamente ad una pluralità di altri ed eterogenei settori³⁰⁵ – l'art. 605 c.p. non solo relativamente agli elementi accidentali del reato, ma anche rispetto al quadro sanzionatorio, introducendo quindi una serie di modifiche che impongono una riflessione anche sull'oggettività giuridica tutelata dalla norma, al fine di verificare quale sia oggi la nozione di libertà personale accolta dal legislatore.

In linea generale, può affermarsi che la novella dell'art. 605 c.p. ha posto fine ad una sorta di “*difetto di coordinamento*” che si registrava i rapporti tra l'art. 605 c.p. e le altre fattispecie di sequestro soggettivamente qualificate (artt. 630 e 289 *bis* c.p.) Mentre queste ultime, infatti, erano state modificate seguendo una logica di tipo premiale che, accanto al rafforzamento (esasperato, come vedremo in seguito) del quadro edittale, ha previsto sensibili

³⁰⁴ Il riferimento è alla nota vicenda della scomparsa di Denise Pipitone, avvenuta nel 2004 a Mazara del Vallo; le dure e continue proteste della madre Piera Maggio, che è giunta ad incatenarsi anche davanti al Quirinale, hanno verosimilmente posto all'attenzione del legislatore la necessità di adeguare, nei modi che subito vedremo, il delitto di sequestro semplice alle altre fattispecie soggettivamente qualificate dalla finalità estorsiva o eversiva.

³⁰⁵ Lo confermano i rilievi operati dal Presidente della Repubblica nella lettera che ha accompagnato la promulgazione della legge in esame, in particolare laddove si evidenzia che “*i tre articoli della legge si compongono ora, rispettivamente, di 32, 30 e 66 commi. Con essi si apportano modifiche o integrazioni a 43 disposizioni del codice penale, a 38 disposizioni del testo unico sulla immigrazione, a 16 disposizioni dell'ordinamento penitenziario e ad oltre circa 100 disposizioni inserite nel codice di procedura penale, nel codice civile e in 30 testi normativi complementari o speciali*”. Il testo integrale è disponibile sul sito ufficiale della Presidenza della Repubblica all'indirizzo internet www.quirinale.it

riduzioni di pena in un'ottica di estrema salvaguardia del bene giuridico, nulla di tutto ciò era accaduto nel caso di sequestro di persona semplice, nonostante l'identità del nucleo essenziale dell'illecito. Con la riforma del 2009, il legislatore ha posto fine a questa discrasia sistemica allineando il sequestro di persona semplice alla fattispecie speciali.

Il nuovo delitto di sequestro di persona³⁰⁶ vede immutato il proprio nucleo essenziale di disvalore, rappresentato dalla privazione della libertà personale punita con la pena da sei mesi a otto anni di reclusione (comma 1) e le tradizionali figure di circostanze aggravanti costituite dall'aver commesso il fatto in danno del coniuge, di un ascendente o discendente ovvero dall'essere il fatto commesso da un pubblico ufficiale con abuso dei poteri inerenti alla sua funzione, caratterizzate da un quadro edittale *indipendente* che prevede una pena da uno a dieci anni di reclusione (comma 2). La novella del 2009 ha però inciso profondamente sul terreno degli elementi circostanziali, introducendone cinque nuove circostanze aggravanti (commi 3, 4 e 5) ed una attenuante (comma 6). Con riferimento alle prime, ciò che ci interessa più da vicino esaminare sono le *circostanze aggravanti relative all'età della persona offesa*. La prima parte dell'art. 605, c. 3, c.p. delinea infatti la figura circostanziata (punita con la pena da tre a dodici anni) del sequestro di minore, la quale va poi coordinata con quella di cui al comma 3, seconda parte, in cui si prevede il sequestro di persona in danno di minore degli anni quattordici, punito con la pena da tre a quindici anni.

Si delinea dunque un sistema basato su un inasprimento progressivo del quadro edittale inversamente proporzionale all'età dell'offeso nell'ottica di apprestare una più efficace protezione penale “*a soggetti particolarmente vulnerabili e psicologicamente sensibili alle conseguenze pregiudizievoli del*

³⁰⁶ Per un primo commento alle modifiche introdotte cfr. SCOLETTA, *Sequestro di persona: nuove circostanze aggravanti e attenuanti*, in CORBETTA – DELLA BELLA – GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 135 ss.

fatto”³⁰⁷. Tuttavia, se questa è la *ratio* che ha indotto il legislatore a prevedere questa progressione edittale, per cui minore è l’età della vittima più elevata è la sanzione, ci si deve domandare se ciò possa creare attriti con il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale che intende la libertà personale come autonoma capacità di locomozione e, quindi, esclude la sussistenza di una sua violazione in caso di infante in tenera o tenerissima età. In altri termini, il quesito da porsi è così sintetizzabile: se il legislatore ha dato ingresso ad un sostanzioso aumento di pena, nell’ottica di rafforzare il presidio penale verso soggetti che, per la loro età, appaiono oltremodo vulnerabili, è legittimo affermare che, proprio rispetto a quei soggetti che appaiono i più esposti, la tutela penale non sussista? Il rischio che si profila è quello di una interpretazione *contra legem*.

Tuttavia, questa prospettiva non appare fondata.

L’incremento sanzionatorio introdotto con la l. 94/2009, infatti, non necessariamente rappresenta la conseguenza di un’evoluzione nella coscienza collettiva del concetto di libertà personale, per l’assorbente ragione che, se realmente il legislatore avesse voluto imprimere a tale bene una configurazione più ampia di quella attuale, cioè idonea a ricomprendere tutte le manomissioni della propria corporeità indipendentemente dalla possibilità o meno di libere determinazioni cinetiche della persona offesa, *avrebbe esteso la tutela penale anche ai soggetti affetti da infermità fisiche o psichiche che li privano della capacità locomotoria*, sulla scia di quanto è stato fatto, peraltro recentissimamente con l’introduzione del delitto di atti persecutori³⁰⁸, mentre si è limitato ad inasprire la pena per i fatti commessi in danno dei soli soggetti minorenni. L’adeguamento sanzionatorio, dunque, appare più come la

³⁰⁷ SCOLETTA, *Sequestro di persona*, cit., p. 135.

³⁰⁸ La norma incriminatrice di cui all’art. 612-*bis* c.p. prevede infatti, al comma 2, una circostanza aggravante nel caso in cui il fatto sia commesso in danno “*in danno ad una persona con disabilità di cui all’articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104*”. Per un commento a tale fattispecie cfr. VALSECCHI, *Il delitto di atti persecutori (il c.d. stalking)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 1377 ss.

conseguenza di una maggiore ponderazione degli effetti pregiudizievoli della condotta incriminata con riguardo ai minori d'età, che come una scelta che riflette una mutata sensibilità politico-criminale rispetto all'interesse tutelato come tradizionalmente inteso.

Ne consegue che, anche dopo la riforma del 2009, la libertà personale deve essere intesa come privazione della capacità di esprimere autonome determinazioni cinetiche nello spazio, con tutti i dubbi che questa nozione continua a sollevare in merito all'esclusione dalla tutela penale rispetto alle fasce di soggetti passivi più esposti alle manomissioni altrui³⁰⁹.

5.1.2 L'attuale quadro edittale dell'art. 605 c.p. – Sulla scorta di quanto affermato nelle pagine che precedono, possiamo ora concentrare l'attenzione sul dato più rilevante ai fini del presente lavoro, cioè la congruità del quadro sanzionatorio.

Abbiamo visto che nel 2009 il legislatore ha introdotto una serie di importanti modifiche nella cornice edittale, opportunamente adeguandola alla centrale rilevanza dell'oggettività giuridica tutelata e prevedendo un variegato quadro di cornici edittali. Quest'ultimo può essere così ricostruito:

- a) pena base: da sei mesi a otto anni di reclusione (art. 605, c. 1, c.p.);
- b) pena per le fattispecie aggravate: da uno a dieci anni nei casi di cui all'art. 605, c. 2, c.p.; da tre a dodici anni nei casi di cui all'art. 605, c. 3, prima parte, c.p.; da tre a quindici anni nei casi di cui all'art. 605, c. 3, seconda

³⁰⁹ Un punto che si presenta particolarmente problematico è rappresentato dall'impossibilità di configurare il sequestro di persona rispetto a quei soggetti che, per infermità *fisica* (ad es., menomazione degli arti inferiori), non dispongono di autonoma capacità di movimento (per un'illustrazione della casistica di soggetti privi di tale capacità cfr. PADOVANI, *Il sequestro di persona*, cit., p. 608). Vale la pena ricordare, infatti, che il sequestro di tali soggetti non può nemmeno ricondursi al paradigma tipico della *sottrazione di persone incapaci* (art. 574 c.p.), poiché quest'ultima norma individua quali soggetti passivi i soli incapaci per "*infermità di mente*". È ben vero che il fatto non rimarrebbe privo di rilevanza penale, in quanto l'agente risponderebbe del delitto di *violenza privata* (art. 610 c.p.) aggravata dall'aver profittato di circostanze di minorata difesa (art. 61, n. 5), ma ciò non toglie la sgradevole sensazione di fondo che si tratti di una incostituzionale discriminazione nella tutela penale (MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Speciale*, cit., p. 273; FOLADORE, *Osservazioni in tema di sequestro di persona*, cit., p. 1423 ss..)

parte, c.p.; ergastolo nel caso il colpevole cagioni la morte del minore sequestrato;

c) pena per la fattispecie attenuata: diminuzione fino alla metà delle pene previste dal 605, c. 3, in caso di condotte collaborative da parte dell'imputato (art. 605, c. 4, c.p.)³¹⁰.

Sebbene ispirata da lodevoli intenzioni, in buona parte correttamente implementate sul piano tecnico-giuridico, la riforma del 2009 presenta però alcuni aspetti problematici rilevanti non solo sul piano politico-criminale (la mancata estensione della tutela penale anche ad altri soggetti particolarmente vulnerabili rappresenta senz'altro un'occasione perduta³¹¹) ma anche sul piano costituzionale, in particolare con il canone di ragionevolezza. La circostanza attenuante di cui al quinto comma dell'art. in esame, infatti, non convince sotto più profili.

In primo luogo, non si comprende per quale motivo l'ambito di operatività dell'attenuante sia stato ristretto ai soli fatti di *sequestro di minore*, come si desume facilmente dal tenore testuale della norma laddove stabilisce che “*le pene previste dal terzo comma sono altresì diminuite [...]*”. È infatti evidente che ciò comporta, rispetto all'imputato che realizzi una condotta che integra gli estremi della fattispecie attenuata relativamente a fatti di sequestro di persona semplice, una violazione del canone di ragionevolezza, non solo nel senso della disparità di trattamento tra situazioni identiche, ma anche di irrazionalità rispetto allo scopo della norma, poiché se appare senza dubbio meritevole il tentativo di percorrere ogni via legislativa per la tutela di beni giuridici di capitale importanza, è scarsamente giustificabile depotenziare tale

³¹⁰ Per una prima ricostruzione della portata delle condotte collaborative, anche in chiave comparata rispetto alle analoghe condotte previste dalle fattispecie di sequestro estorsivo ed eversivo, cfr. SCOLETTA, *Sequestro di persona*, cit., p. 139 ss.

³¹¹ Cfr., *supra*, nota 20.

tutela per il fatto che il sequestrato abbia, magari da pochi giorni, compiuto i diciotto anni.

In secondo luogo, non convince la limitazione soggettiva nella titolarità a fruire della prevista riduzione di pena, avendo la norma indicato quale beneficiario dello “sconto” il solo *imputato* e non anche l’indagato o, più genericamente, il concorrente nel reato, come accade nell’ambito delle altre figure di sequestro. Si tratta, in effetti, di una limitazione scarsamente giustificabile, che rischia di esporre la norma ad una dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio di ragionevolezza³¹², non solo perché crea una disparità di trattamento tra imputato e indagato che non trova giustificazione alcuna, ma anche perché risulta incoerente con la stessa *ratio* per la quale è stata introdotta, cioè sollecitare condotte collaborative dell’agente in nome del superiore interesse della vita e della libertà del sequestrato. È del tutto verosimile, infatti, che il contributo più proficuo che l’agente potrà dare in tal senso all’autorità procedente sia collocato proprio durante la fase dell’indagine, perché è in quella fase che sono maggiori le possibilità di salvaguardare la vittima, e dunque non si vede perché escludere quel contributo dal novero dei fatti costitutivi della fattispecie attenuata.

Peraltro, va rilevato come l’irragionevolezza della norma potrebbe forse essere risolta mediante un’interpretazione costituzionalmente conforme della stessa.

Può infatti invocarsi, ai fini dell’estensione della norma premiale anche all’indagato, il disposto dell’art. 61 c.p.p., laddove afferma che, oltre ai “diritti” e alle “garanzie” (comma uno), deve anche estendersi all’indagato “ogni altra disposizione relativa all’imputato” (comma due). È senz’altro vero che si tratta di una norma prevista e pensata in chiave estensiva delle garanzie di tipo processuale, ma non sembra vi siano ostacoli di sorta ad un suo utilizzo

³¹² Lo ipotizza SCOLETTA, *Sequestro di persona*, cit., p. 140.

a fini sostanziali, anche in ragione del fatto che si tratterebbe di estendere una norma il cui fatto costitutivo comunque si sostanzia in una condotta di collaborazione con l'autorità procedente, e che perciò presenta, in un certo qual modo, aspetti di rilevanza processuale.

Oppure si potrebbe ipotizzare un secondo possibile *iter* esegetico, di natura schiettamente analogica, per ovviare all'irragionevolezza della previsione in esame. Proprio in considerazione della *ratio* che ha indotto il legislatore ad introdurre l'attenuante, si può ritenere che esso abbia inteso riferirsi all'imputato al fine di evidenziare la necessità che la condotta collaborativa prosegua coerentemente per tutta la fase processuale, o quanto meno che, laddove si esaurisca integralmente nella fase pre-processuale, essa non venga ad essere vanificata *ex post* da un atteggiamento di segno esattamente contrario tenuto in sede dibattimentale. È innegabile che, così ragionando, si giunge ad allargare l'orizzonte teleologico della fattispecie attenuata; subordinare la rilevanza premiale dell'aiuto in sé non solo alla sua oggettiva consistenza, ma anche alla qualifica processuale assunta dall'agente che lo fornisce, significa infatti affermare che la norma ha in realtà l'obiettivo *immediato* di salvaguardare la persona offesa, ma anche l'obiettivo *mediato* di assicurare le fonti di prova, la cui integrità è così tutelata dalla negazione del beneficio premiale qualora l'imputato, dopo una iniziale attività di collaborazione, si determini ad atteggiamenti processuali di segno contrario³¹³.

³¹³ Accogliendo questa impostazione, la norma avrebbe quindi un significato sostanzialmente ricognitivo dal momento che a risultati del tutto analoghi era già pervenuta la giurisprudenza con riferimento alle fattispecie premiali di cui alle altre figure di sequestro; cfr. SCOLETTA, *Sequestro di persona*, cit., p. 140-142 e giurisprudenza *ivi* citata.

5.2 Le ulteriori figure di limitazione abusiva della libertà personale

Sulla base della nozione di libertà personale accolta dal legislatore possiamo ora ad esaminare uno dei settori più critici della relativa tutela penale, ovvero, i delitti dei pubblici ufficiali contro la libertà personale, in particolare le previsioni incriminatrici di *arresto illegale* (art. 606 c.p.), *indebita limitazione della libertà personale* (art. 607 c.p.), *abuso di autorità contro arrestati e detenuti* (art. 608 c.p.) e *perquisizione e ispezione personali arbitrarie* (art. 609 c.p.).

Queste fattispecie sono tutte caratterizzate, sul piano oggettivo, da una più o meno intesa limitazione della libertà personale e, sul piano soggettivo, dal fatto che si tratta di reati propri, in quanto possono essere commessi solo dal pubblico ufficiale. Esaminiamo, più nel dettaglio la struttura oggettiva e soggettiva di queste fattispecie.

5.2.1 Arresto illegale – In tale ipotesi è punito il pubblico ufficiale che procede ad un arresto³¹⁴, abusando dei poteri inerenti la sua funzione; la pena edittale prevista va da quindici giorni a tre anni.

Il punto cruciale ai nostri fini è comprendere quale sia la ragione che porta a prevedere per questo reato pena siffatta, mentre per il delitto di sequestro persona aggravato dalla qualifica di pubblico ufficiale rivestita dal soggetto attivo (art. 605, c. 2, n. 2, c.p.) la pena da uno a dieci anni di reclusione. Sotto questo profilo in dottrina e giurisprudenza non vi è accordo.

³¹⁴ Il termine è interpretato estensivamente dalla giurisprudenza (Cass., sez. V, 19 dicembre 2005, n. 6773, in *Riv. giur. polizia*, 2007, p. 305 ss.; 2 maggio 1992, Guglielmi, in *Giust. pen.*, 1993, p. 273) la quale riconduce al concetto di “arresto” ogni atto del pubblico ufficiale che determina una restrizione eccezionale ed urgente della libertà di locomozione della persona cui è attribuita la commissione del reato. *Contra*, FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, 2008, p. 174.

Secondo l'orientamento maggioritario³¹⁵, ad essere decisiva per individuare il confine tra le due fattispecie sarebbe la *finalità* dell'agente di porre comunque la persona arrestata – pur con modalità illegittime – a disposizione dell'autorità competente. Secondo altro orientamento³¹⁶, invece, la finalità del p.u. appare come del tutto irrilevante, in quanto l'elemento discrezionale tra le due fattispecie in questione va individuato nell'obiettiva assenza delle condizioni tassativamente poste dalla legge processuale per limitare la libertà del soggetto passivo, e il conseguente abuso che il p.u. perpetra ai danni di quest'ultimo; detto altrimenti, in presenza di una situazione di astratta legittimazione del p.u. a limitare la libertà personale, questi non rispetta le condizioni legalmente date per procedere a detta limitazione si configura comunque il delitto di arresto illegale, indipendentemente dal fatto che la finalità dell'agente fosse quella di porre il soggetto passivo a disposizione dell'autorità giudiziaria³¹⁷.

In realtà, prescindendo da quale delle due ricostruzioni risulti più fedele alla struttura dell'illecito, è ben evidente che nessuna di esse sia realmente in grado di spiegarne convincentemente la reale *ratio essendi*. Il vero *punctum dolens* dell'incriminazione di cui all'art. 606 c.p., infatti, è tutto costituzionale e concerne l'ingiustificabilità del diverso trattamento sanzionatorio sotto una pluralità di profili, che viola i principi di uguaglianza, ragionevolezza e rieducazione.

³¹⁵ Cass., sez. VI, 26 marzo 2010, n. 23423; sez. V, 16 ottobre 2002, n. 38247, Liburni, in *Cass. Pen.* 2004, p. 90; Cass., sez. V, 24 maggio 1982, Rosa. In dottrina, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XIV ed. agg., vol. I, Milano, 2002, p. 159.

³¹⁶ Cass., sez. V, 19 dicembre 2005, cit.

³¹⁷ È il caso, affrontato nella decisione della Cassazione da ultimo citata, di chi, a seguito di una colluttazione con altro soggetto, e cioè nel contesto di una notizia di reato, viene coattivamente condotto e poi trattenuto da alcuni agenti presso una caserma della Guardia di finanza ai soli fini di identificazione, quando ciò non risultava affatto necessario, in quanto ben potevano gli agenti accertare *in loco* l'identità di quest'ultimo (il fatto era avvenuto sotto davanti alla sua abitazione, ed inoltre il soggetto condotto in caserma era conosciuto dagli stessi agenti) e renderlo poi edotto dei dovuti avvisi di legge.

In primo luogo, non può sfuggire come sia tratto comune ad entrambe le fattispecie in esame la “*privazione della libertà personale*”, e ciò trova conferma anche negli orientamenti sopra segnalati, che danno per pacifico questo punto. Orbene, che il p.u. agisca al fine ultimo di porre l’arrestato a disposizione del magistrato, o che comunque consapevolmente abusi – per fini privati o per affermare una pseudo-giustizia sostanziale – della sua autorità, il risultato in termini di offesa al bene giuridico tutelato non cambia affatto: è illegittima limitazione della libertà personale *e* nel primo caso *e* nel secondo³¹⁸.

Quale dunque la *ratio* della significativa diversificazione sul versante sanzionatorio a fronte di un nucleo essenziale di disvalore del tutto identico? Ciò invero, a livello di ricostruzione interpretativa del dato normativo vigente, non è dato sapere. A ben vedere, vi potrebbero ipotizzare una nutrita serie di motivi per *aggravare* il trattamento sanzionatorio nei casi di arresto illegale, e non già per attenuarlo. Può presumersi, infatti, che alla lesione della libertà personale realizzata con consapevole violazione di legge da parte di pubblici poteri si accompagni una sofferenza e un senso di smarrimento della vittima indotto dalla circostanza che quest’ultima vede compiersi l’abuso proprio da parte di chi dovrebbe prevenirlo. Se dunque non vi sono plausibili ragioni tecnico-giuridiche per l’adozione di una differente scala penale nei casi di arresto illegale, la motivazione va ricercata sul piano politico-criminale. È evidente, infatti, che l’ideologia autoritaria che permeava le determinazioni del legislatore del ’30 lo aveva indotto a bilanciare la tutela penale della libertà

³¹⁸ Si pensi, ad esempio, alla tragica morte dell’anarchico Giuseppe Pinelli, avvenuta il 15 dicembre 1969 a causa di una caduta dalla finestra di una stanza situata al quarto piano della Questura di Milano (sul punto, si veda l’intervista di Martirano all’ex magistrato Gerardo Colombo – che si occupò come giudice istruttore per quei fatti ed anche dell’incriminazione per arresto illegale – pubblicata sul quotidiano *Il Corriere della Sera*, 18 dicembre 2006, p. 22.): gli agenti che effettuarono il fermo di Pinelli lo trattennero presso i locali della Questura per ben tre giorni, peraltro senza nemmeno avvertire la Magistratura, ma furono incriminati per il solo reato di arresto illegale. Sull’intera vicenda connessa alla morte di Pinelli e del conseguente omicidio del Commissario Calabresi cfr. le splendide pagine di CALABRESI M., *Spingendo la notte più in là*, Milano, 2008.

personale con le esigenze pubblicistiche di contenere la pretesa punitiva verso i p.u. che procedevano all'implementazione del rigido sistema penale come allora concepito e costruito. Tutto ciò però, nell'ambito di un rapporto tra Stato e individuo informato alla centralità della persona e al divieto di strumentalizzazione del primo a favore del secondo, non è più accettabile. Così opinando, infatti, si verifica esattamente quanto si è già osservato con riferimento all'art. 186 c.p.m.p. laddove, prima della sua dichiarazione di incostituzionalità, equiparava le più diverse forme di insubordinazione con violenza (dall'omicidio volontario e a scendere fino alle lesioni gravi) prevedendo per tutte la pena perpetua³¹⁹. In quell'occasione, la Corte costituzionale affermò che l'illiceità costituzionale della norma era da individuarsi nell'arbitrario sovvertimento della gerarchia dei beni costituzionali operato dal legislatore, il quale aveva anteposto la disciplina militare a *“quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale, premessa naturale di qualsiasi altra situazione soggettiva giuridicamente protetta, che è il diritto alla vita”*³²⁰, e quanto operato dal legislatore con l'art. 606 c.p. rispecchia fedelmente questo sovvertimento. Riservare un trattamento più mite a questa tipologia di reati significa anteporre ragioni di ordine meramente pubblicistico alla tutela di un valore tra i più significativi dell'ordinamento costituzionale, vale a dire la libertà personale, e da ciò deriva una manifesta violazione del principio di ragionevolezza in senso proprio, cui il legislatore dovrebbe porre rimedio.

Peraltro, a conclusioni del tutto analoghe si giunge anche laddove si osservi l'incriminazione dal punto di vista del principio personalistico cui si informa, senza riserve, la Carta costituzionale. Ricorda lucidamente un'autorevole dottrina che detto principio si oppone non solo al *“codice*

³¹⁹ Sul punto cfr., *supra*, par.

³²⁰ La felice espressione è ripresa dalla sent. n. 26 del 1979, cit. (punto 1, del *Considerando* in diritto).

penale dell'oppressione”, cioè al diritto penale come veicolo, ben noto alla storia europea del '900, di una *Weltanschauung* scelta da pochi e imposta a tutti, ma si oppone altresì al

*“codice penale del privilegio, in tutte le sue connotazioni discriminatorie, di tutela dei soggetti "più eguali" rispetto a quelli "meno eguali", che nei tempi moderni costituisce l'espressione penalistica del vecchio Stato liberale individualistico-egoistico”*³²¹.

E se non appare un ingiustificato privilegio prevedere un trattamento sanzionatorio così diversificato per il solo fatto che il soggetto attivo è un p.u. che intende non privare taluno della libertà, ma arrestarlo, francamente è difficile comprendere in cosa possa consistere un ingiustificato privilegio³²².

La natura discriminatoria di tale norma emerge poi anche da un altro punto di vista. Si sostiene in dottrina che nel concetto di *“abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni”* rientrano sia i casi di incompetenza assoluta sia i casi di incompetenza solo relativa³²³. Questo significa che se un soggetto privo delle qualifiche necessarie per compiere un arresto vi procede, verrà comunque punito ai sensi dell'art. 606 c.p. *per il solo fatto di possedere la qualifica di pubblico ufficiale*. Se infatti è il *privato* a procedere ad un arresto illegittimo (ad es., perché compiuto al di fuori dei casi in cui ciò è consentito dall'art. 383 c.p.p.), questi risponderà di sequestro di persona, proprio in quanto – mancandone i presupposti di legge – questi non ha mai assunto la qualifica di p.u., con conseguente aggravamento della lesione al principio di uguaglianza. Per queste ragioni, al fine quanto meno di porre un argine a

³²¹ MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, p. 313.

³²² In questo senso si muove PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 438, il quale evidenzia, però, che l'unico soggetto titolato ad intervenire sul punto sarebbe solo il legislatore. Parlano di espressamente di *“privilegio che in uno Stato democratico andrebbe immediatamente eliminato”* FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 173.

³²³ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit. p. 174. Nello stesso senso, VIGANÒ, *Sub art. 606*, MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2006, p. 4203.

questa situazione, è opportuno interpretare il concetto di abuso di funzione nel senso che esso valga a determinare la derubricazione del fatto in arresto illegale solo laddove si tratti di incompetenza relativa. Nei casi di incompetenza assoluta, quindi, il p.u. dovrebbe essere senza riserve equiparato al privato³²⁴, e dunque rispondere del delitto di sequestro di persona.

Inoltre, se non si vuole accogliere la ricostruzione interpretativa qui proposta, non può non sottolinearsi un altro aspetto, relativo all'oggettività giuridica del reato, che conferma l'irrazionalità della previsione sanzionatoria in esame. La dottrina è infatti unanime³²⁵ nel riconoscere che l'art. 606 c.p. (ed in verità anche tutte le ipotesi di delitto del p.u. contro la libertà personale di cui subito si parlerà) sia reato plurioffensivo, poiché, accanto alla lesione della libertà personale, risulta altresì offeso lo specifico interesse pubblicistico alla legalità dell'operato dei pubblici ufficiali, del tutto estraneo all'orizzonte teleologico dell'art. 605 c.p. Può dunque un reato che offende un bene ulteriore rispetto a quello già tutelato da altra disposizione prevedere una pena inferiore rispetto a quest'ultima? Appare già critica una disposizione che preveda un trattamento sanzionatorio eguale per entrambe le fattispecie, in quanto – a rigore – se modulazioni della pena edittale debbono esserci, queste non possono che essere, per il reato plurioffensivo, *verso l'alto*, data la molteplicità degli interessi lesi dallo stesso. Il legislatore, invece, non solo non equipara le previsioni incriminatrici, ma al contrario abbatte il massimo edittale nel caso dell'arresto illegale, portandolo a tre anni di reclusione rispetto ai dieci previsti per sequestro di persona aggravato³²⁶; un'ulteriore argomento che sembra non lasciare molto spazio ad opzioni esegetiche che vogliano comunque sostenere la costituzionalità di tale previsione edittale.

³²⁴ Analogamente GALLINELLI, *Libertà. Abusive limitazioni della libertà personale*, in *Enc. giur. Trecc.*, vol. XXI, 1990, p. 3.

³²⁵ VIGANÒ, *Sub art. 606*, cit., p. 4202; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 158.

³²⁶ Critiche su questo specifico punto, pur ritenendo razionale l'incriminazione, FLICK, *libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 544.

5.2.2 *Indebita limitazione di libertà personale* – Incontro a critiche sostanzialmente analoghe va il delitto di “*indebita limitazione di libertà personale*” punito dall’art. 607 c.p. con la pena della reclusione fino a tre anni. Il nucleo essenziale di disvalore proprio di tale fattispecie consiste in tre distinte condotte:

- a) ricezione di un soggetto in un istituto destinato all’esecuzione di pene o misure di sicurezza senza ordine dell’Autorità;
- b) trasgressione dell’ordine di questa a provvedere immediatamente alla rimessione in libertà di un detenuto;
- c) indebita protrazione dello stato di detenzione³²⁷.

Anche in questo caso si tratta di una figura frutto di una concezione autoritaria ed illiberale dei rapporti tra Stato ed individuo. La relativa *ratio* sembrerebbe potersi individuare nella necessità di far fronte ad un pernicioso vuoto di tutela, in particolare con riferimento alle condotte di tipo omissivo *sub b) e c)*; queste infatti non avrebbero potuto essere punite ai sensi dell’art. 606 c.p., poiché estendere la locuzione “procedere ad un arresto” fino a ricomprendervi anche la condotta omissiva di consistente nella mancata rimessione in libertà è operazione interpretativa dal sapore chiaramente analogico. È ben vero che il fatto non sarebbe rimasto privo di conseguenze penali, ben potendo essere alternativamente qualificato come abuso d’ufficio, sequestro di persona³²⁸, o violenza privata, al costo però di esporre, in tutti e tre i casi, colui che non restituisce la libertà quando dovuto ad un sanzione edittale più grave rispetto a chi attivamente la libertà stessa limita eseguendo un arresto illegale.

³²⁷ Per una descrizione delle condotte incriminate cfr. GALLINELLI, *Libertà*, cit., p. 4.

³²⁸ Sui limiti di configurabilità del sequestro omissivo cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. I, 2005, p. 280-281.

Al di là delle ragioni che hanno indotto il legislatore a prevedere questa fattispecie incriminatrice, non può non concordarsi con quella dottrina che evidenzia come, in definitiva, tale incriminazione o costituisce, di fatto, un sequestro di persona aggravato (ed allora essa rappresenta “*un assurdo privilegio*”) ovvero sottende l’idea che la libertà di un soggetto detenuto, proprio in ragione dello stato detentivo, va considerata meritevole di una tutela inferiore, di secondo grado e, per conseguenza, non restituire la libertà a chi ne è già privo è azione meno grave che toglierla a chi ne godeva senza limitazioni; in questo caso, sarebbe oltre modo evidente la sua matrice “*spiccatamente autoritaria*”³²⁹. Il risultato di questa impeccabile argomentazione è l’illegittimità costituzionale della previsione sanzionatoria e forse, ancor prima, della stessa previsione incriminatrice la quale, al pari della prima, andrebbe quanto prima rimossa dal legislatore.

5.2.3 *Abuso di autorità contro arrestati o detenuti* – Lievemente più complesso è il discorso relativo alla norma incriminatrice che punisce, con la reclusione fino a trenta mesi, l’ “*abuso di autorità contro arrestati o detenuti*”, ossia, la sottoposizione persone arrestate o detenute, poste sotto l’egida custodiale del p.u., a “*misure di rigore non consentite dalla legge*”. Cosa si debba intendere con questa formula non è in realtà chiarissimo, poiché dipende dall’opzione ricostruttiva dell’oggettività giuridica che si adotta. Se si parte dal dato, avvalorato dall’allocazione sistematica della norma incriminatrice in esame, che si tratti di un delitto contro la libertà personale, dovrebbero integrare il paradigma tipico solo quelle azioni che si concretano in una *ulteriore* limitazione della libertà personale dell’arrestato o detenuto,

³²⁹ PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 438. Va precisato, però, come l’illustre A., pur criticando nel merito questa seconda opzione interpretativa, ritiene comunque che essa esprima una scelta di valore rimessa alla discrezionalità legislativa, che non può essere sanzionata a livello di comminatorie edittale, ma solo sostituita dall’altra scelta del Parlamento.

con conseguente esclusione dal perimetro della punibilità di tutte quelle umiliazioni, vessazioni ed offese che incidono più sulla dignità della persona, che non sulla sua libertà fisica³³⁰. Secondo altra opinione, invece, il bene giuridico tutelato da tale norma è da individuare nella *libertà morale*³³¹ e nella *dignità del soggetto in vinculis* e pertanto ogni condotta che offenda tali fondamentali beni giuridici deve essere punita ai sensi di questa norma³³².

Pur ritenendosi che questa fattispecie, al pari delle altre figure già esaminate, si costituzionalmente illegittima, poiché sul versante sanzionatorio si sostanzia in un odioso privilegio per i p.u., è opportuno qui precisare che il legislatore – a differenza di quanto auspicato per le altre norme sopra viste – non dovrebbe comunque abrogarla, ma esclusivamente adeguare le conseguenze sanzionatorie a quelle previste dalla fattispecie generale di cui all’art. 605, c. 2, n. 2. È noto infatti che la fattispecie in esame risulta dotata di una particolare resistenza all’abrogazione in virtù del suo espresso collegamento con l’art. 13, c. 4, Cost., a norma del quale “è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà”³³³. Si ritiene cioè che detta norma costituisca attuazione di uno specifico obbligo costituzionale di tutela³³⁴, e dunque – una volta inserita nell’ordinamento – non potrebbe più essere abrogata dal legislatore e la Corte costituzionale potrebbe (dovrebbe) dichiarare l’incostituzionalità della norma, anche se ciò comporta un’estensione dell’area della punibilità³³⁵. Da un lato, si

³³⁰ VIGANÒ, *Sub art. 608*, cit., p. 4205-4206; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 292 (ed *ivi*, alla nota 69, ampi richiami alla giurisprudenza conforme). Naturalmente, le condotte vessatorie che non integrano la figura tipica del delitto in esame non andranno certo esenti da pena, ben potendo trovare applicazione altre fattispecie quali, ad es., percosse, ingiuria, lesioni, violenza sessuale, etc., tutte aggravate dalla qualifica pubblicistica del soggetto attivo (cfr, sul punto, Cass., 7 maggio 1982, edita in *Giust. pen.*, 1983, II, p. 1).

³³¹ FLICK, *Libertà*, cit., p. 544.

³³² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 171-172.

³³³ FLICK, *Libertà*, cit., p. 544.

³³⁴ Su tale tematica, per tutti, PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1983, 484 ss

³³⁵ Cfr., ampiamente, MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 501 ss. (in partic. p. 506); SCOLETTA, *L’irragionevole sindacato*, cit., p. 428 ss.

deve evidenziare che tale consolidata opinione non sarebbe in sé di ostacolo ad una formale abrogazione dell'art. 608 c.p.; se si pensa infatti alla *ratio* di questa norma, cioè introdurre un presidio di garanzia, fortemente voluto dai Costituenti³³⁶, contro gli abusi dei quali si erano macchiate le forze dell'ordine durante l'epoca fascista, appare evidente che l'abrogazione della norma, nella prospettiva qui caldeggiata di una sua riconduzione alla ben più severa fattispecie di sequestro aggravato, sarebbe in piena armonia con tale *ratio*, poiché, dietro il dato formale dell'abrogazione della norma, si cela invece un effetto sostanziale di aggravamento della responsabilità penale. Pertanto, si realizzerebbe non un indebolimento della tutela di persone arrestate o detenute, ma un'attuazione ancora più pregante del dettato costituzionale.

Tuttavia, la scelta abolizionistica sarebbe verosimilmente inopportuna; in simili casi, infatti, il diritto penale deve assolvere anche ad una funzione pedagogica e di orientamento culturale, atteggiarsi cioè a strumento di affermazione di valori universalmente riconosciuti come l'inviolabilità della dignità umana³³⁷, che purtroppo non sono del tutto al sicuro neanche nei paesi a democrazia matura³³⁸.

³³⁶ Cfr. MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 501 (nota 54) dove si dà conto del fatto che durante i lavori preparatori si levarono alcune voci contrarie all'opzione specificamente penale, ritenendo che fosse preferibile utilizzare formule normative più generiche. La scelta che alla fine prevalse, però, fu quella attualmente vigente che impone il ricorso alla sanzione penale; ne esce ulteriormente rafforzata un'idea dell'art. 608 c.p. come norma attuativa del precetto di cui all'art. 13, c. 4, Cost.

³³⁷ VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, p. 45 ss.

³³⁸ Non può non venire alla mente, sotto questo profilo, l'impressionante serie di violenze e abusi – raccontati con sgomento dalle vittime durante i processi e riportate nelle motivazioni delle sentenze relative a tali fatti (Trib. Genova, sez. III, sent. 14 luglio (dep. 27 novembre) 2008 e sez. I, sent. 13 novembre (dep. 10 febbraio) 2008, entrambe reperibili sul sito www.processig8.org) – cui furono sottoposti presso la Scuola Diaz e la Caserma Bolzaneto, nel luglio del 2001, i manifestanti fermati dalla Polizia durante il G8 di Genova (su queste sentenze v. ampiamente, anche con riferimento ai vari profili di criticità che presentano rispetto alla giurisprudenza CEDU, COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 1801 ss.). È bene evidenziare che per nessuno degli imputati venne ipotizzato il reato di sequestro di persona, bensì i meno gravi reati propri qui in commento. La scelta qualificatoria appare senz'altro corretta sul piano tecnico giuridico, ma ha di fatto consentito che coloro i quali sono stati ritenuti responsabili per tali titoli di reato non subissero alcuna pena, essendo per questi ultimi sensibilmente inferiori, rispetto al sequestro di persona, i

Pertanto, fermo il giudizio critico sull'insufficienza della previsione edittale a reprimere l'effettivo contenuto di disvalore delle condotte incriminate, sembra doversi ritenere che la predetta incriminazione – sostanziosamente adeguata sul versante sanzionatorio alla gravità del fatto di reato – andrebbe formalmente mantenuta.

5.2.4 Perquisizioni e ispezioni arbitrarie – Resta ora da affrontare la figura di reato che chiude il microsistema dei delitti dei p.u. contro la libertà personale, ovvero l'art. 609 c.p. rubricato “*perquisizione e ispezione personali arbitrarie*” e punito con reclusione fino a un anno. Il delitto in esame punisce, come si evince agevolmente dalla rubrica, il p.u. che procede ad una perquisizione o a un'ispezione personale al di fuori dei casi consentiti dalla legge, abusando della sua funzione.

Ad onta della collocazione sistematica, il delitto in esame non tutela la libertà personale, bensì la libertà morale³³⁹; dunque la norma con la quale operare le dovute comparazioni non è l'art. 605, c. 2, n. 2, c.p., bensì l'art. 610 c.p. aggravato ai sensi dell'art. 61, n. 11, c.p. Il cambio di paradigma non fa venire meno le criticità che sono state già osservate con riguardo alle altre fattispecie. La pena prevista per tale delitto è la reclusione da quindici giorni a un anno, mentre quella prevista dalla norma sulla violenza privata è da quindici giorni fino a cinque anni e quattro mesi in ragione dell'aggravante comune poc'anzi ricordata; un discrasia che, sia pure minore rispetto a quella che si registra nelle altre ipotesi delittuose in esame, è comunque significativa e particolarmente dubbia sul piano della ragionevolezza costituzionale.

termini di prescrizione del reato, che sono infatti ampiamente decorsi nelle more del giudizio di appello.

³³⁹ VIGANÒ, *Sub art. 609*, cit., p. 4208; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 173.

Questa previsione incriminatrice non era prevista né dal codice Zanardelli né dai Codici penali preunitari³⁴⁰, ma è stata introdotta per la prima volta dal Codice Rocco. L'estraneità dell'incriminazione ai codici penali autenticamente liberali conferma la matrice autoritaria di questo e di tutti gli altri delitti esaminati in questa sede. Alla sensibilità attuale, invero, sfugge la ragione per la quale se un medico condotto sottopone ad ispezione una donna per verificare se abbia effettuato un aborto³⁴¹ o una preside dispone una perquisizione sugli alunni di una classe per individuare l'autore di un furto³⁴², questi rispondano di perquisizione illegale, mentre la stessa condotta posta in essere da un vigilante all'ingresso di un centro commerciale esponga quest'ultimo ad un rischio sanzionatorio cinque volte superiore.

Anche in questo caso, si pone il problema di una eliminazione radicale di questa disposizione, o quantomeno di un suo congruo adeguamento alla pena prevista per il reato di violenza privata aggravata.

5.3 Il sequestro di persona a scopo estorsivo

5.3.1 La ricostruzione del quadro edittale – Rispetto alla sua formulazione originaria, il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.) risulta oggi, a seguito di plurime novelle legislative, completamente rivoluzionato, soprattutto sul piano sanzionatorio.

Nella sua versione risalente al 1930, il delitto in esame prevedeva due soli commi il cui elemento discretivo consisteva, in piena coerenza con l'inquadramento sistematico del delitto in esame tra quelli posti a tutela del

³⁴⁰ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 293 che rileva come le condotte in questione non restassero certo impunte, ma venissero fatte ricadere nelle ipotesi incriminatrici comuni della violenza privata o altre a questa affini.

³⁴¹ Cass., 12 febbraio 1934, in *Riv. pen.*, 1935, p. 713 ss.

³⁴² Pret. Saronno, 14 maggio 1965, in *Giust. pen.*, 1966, II, p. 994 ss.

patrimonio e non della libertà, con l'aver o meno il colpevole conseguito il profitto cui il sequestro era teso; la pena era, nel primo caso, da otto a quindici anni di reclusione (oltre la multa da quattrocento mila a ottocento mila) e, nel secondo, da dodici a diciotto anni. Si tratta, in realtà, di una impostazione che risente in modo chiaro dell'affievolimento del diritto alla libertà dovuto alla matrice autoritaria del Codice Rocco. Deve infatti essere ricordato che il Codice Zanardelli, all'art. 410, comminava la pena da ultimo prevista *indipendentemente* dal fatto che il reo avesse o meno conseguito il prezzo richiesto per la liberazione del soggetto, e ciò costituisce il riflesso della maggiore centralità che il Codice del 1889 attribuiva al bene giuridico della libertà rispetto al patrimonio³⁴³. Il primo intervento sulle pene stabilite dall'art. 630 c.p. si ha con la l. 14 ottobre 1974, n. 479 una delle prime e più significative espressioni del diritto penale premiale. Detta legge – pur mantenendo inalterata la struttura oggettiva del reato – inasprisce sensibilmente il trattamento edittale fino ad allora vigente, prevedendo che, per i casi di cui al primo comma, la pena fosse della reclusione da dieci a vent'anni e che, per i casi di cui al secondo comma, fosse da dodici a venticinque anni (con sensibili aumenti anche sul versante della pena pecuniaria in entrambe le ipotesi). Tuttavia, accanto al rafforzamento dei quadri edittali, la legge in esame ha previsto anche una sensibile attenuazione di pena fondata sulla collaborazione dell'agente (o del concorrente) che si sostanziasse in atti diretti a far riacquistare la libertà al soggetto passivo: la conseguenza, sul piano sanzionatorio, era l'applicazione delle più miti pene previste dall'ipotesi delittuosa del sequestro semplice (art. 605 c.p.). Di lì a poco, però, l'irrompere di una nuova emergenza criminale spinse il legislatore

³⁴³ Per una ricostruzione generale dell'annosa questione circa l'oggettività giuridica del sequestro di persona cfr. GARAVELLI, *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XII, 1997, p. 235 ss. il quale opta, in definitiva, per una qualificazione dell'oggettività giuridica in termini di tutela della persona.

ad una riforma integrale del delitto in esame sulla quale val la pena soffermare l'attenzione, analizzando partitamente le modifiche strutturali della fattispecie e quelle attinenti la parte sanzionatoria.

Sull'onda dell'emergenza causata dal tragico sequestro dell'on. Aldo Moro, il Parlamento vara la l. 18 maggio 1978, n. 191 di conversione del d. l. 21 marzo 1978, n. 59 con la quale il sequestro di persona viene ad assumere una fisionomia strutturale e sanzionatoria assai vicina a quella attuale. In primo luogo, la legge in esame abolisce la distinzione fondata sul conseguimento o meno del prezzo della liberazione, e la pena base unica per chiunque priva taluno della libertà personale è ora da venticinque a trent'anni; se dal fatto deriva la morte del soggetto passivo, la pena sale a trent'anni; se il sequestratore cagiona la morte della vittima, la pena è dell'ergastolo. Rispetto alla precedente riforma, però, la legge in esame ne mantiene ferme le direttrici di politica criminale e non abbandona lo schema della legislazione premiale. Viene così conservata l'applicazione delle più miti pene del sequestro semplice, che viene però riservata al solo concorrente che si "*dissocia dagli altri*" e fornisce un apporto concreto per la liberazione dell'ostaggio e la cattura dei correi; la pena sale poi da sei a quindici anni se il sequestrato muore in conseguenza dell'ostaggio³⁴⁴.

Da ultimo, l'art. 630 assume la fisionomia attuale con le leggi n. 894/1980 e 82/1991³⁴⁵ mediante le quali il legislatore ha esteso i benefici premiali anche a condotte diverse da quelle di cui al comma quarto della norma in esame, sempre mantenendo fermo – per corroborare la prospettiva

³⁴⁴ Con riferimento all'incidenza sul piano sanzionatorio degli elementi accidentali, va precisato che l'art. 630 prevedeva deroghe alla disciplina generale laddove si verificasse un evento letale (voluto o non voluto) a danno dell'ostaggio: in particolare, in relazione alle eventuali circostanze attenuanti, sono stabiliti limiti inferiori al di sotto dei quali il giudice non può spingersi nella concreta determinazione della pena (dieci anni in caso di evento non voluto; quindici in caso contrario). Attualmente, questa serie di limitazione al potere commisurativo del giudice sono stati ampliati e hanno riguardato anche le sanzioni previste dall'art. 630, c. 2 e 3, c.p.

³⁴⁵ Si tratta della legge che ha introdotto la discussa norma concernente il c.d. "blocco dei beni" della famiglia del sequestrato.

dello smantellamento *ab interno* delle organizzazioni criminali che spesso si celano dietro “*l’industria dei sequestri*”³⁴⁶ – il requisito della dissociazione.

In definitiva, possiamo così riassumere il complesso quadro edittale del sequestro di persona:

- a) Sequestro estorsivo semplice: *da venticinque a trent’anni di reclusione*;
- b) In caso di morte non voluta dell’ostaggio: *trent’anni di reclusione*;
- c) In caso di omicidio della vittima: *ergastolo*;
- d) Se il dissociato si adopera, affinché l’ostaggio riacquisti la libertà: si applicano le *pene di cui all’art. 605 c.p.* (ma in caso di morte del sequestrato: *da sei a quindici anni*);
- e) Se il dissociato, fuori dall’ipotesi appena vista, si adopera per evitare conseguenze ulteriori del sequestro o fornisce un aiuto concreto all’autorità procedente, l’ergastolo è sostituito dalla pena *da dodici a vent’anni di reclusione* e le altre pene sono *diminuite da un terzo a due terzi*;
- f) In caso di circostanza attenuante, nell’ipotesi *sub b)* si applica la pena della reclusione da venti a ventiquattro anni, e nell’ipotesi *sub c)* la reclusione da ventiquattro a trent’anni;
- g) In caso di concorso di circostanze attenuanti, la pena non può comunque scendere al di sotto dei dieci anni, nell’ipotesi *sub b)*, e dei quindici anni nell’ipotesi *sub c)*;
- h) I limiti inferiori di cui alle precedenti lettere possono essere superati, nel caso ricorrano le attenuanti descritte *sub e)*.

³⁴⁶ GARAVELLI, *Sequestro di persona*, cit., p. 234.

5.3.2 *Le tensioni con i principi costituzionali* – Come può agevolmente constatarsi già ad una prima lettura del quadro edittale, l'art. 630 c.p. presenta diversi punti problematici, che è opportuno esaminare partitamente, iniziando proprio dall'ipotesi base *ex art. 630, c. 1, c.p.*

Nella nota sent. 26 del 1979, la Corte costituzionale aveva definito il bene vita come un “*bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale, premessa naturale di qualsiasi altra situazione soggettiva giuridicamente protetta*”; un bene, dunque, che per sua natura si colloca in posizione di assoluta preminenza nella gerarchia costituzionale, al di sopra di ogni altro valore. Tuttavia, a ben vedere, la previsione sanzionatoria del sequestro a scopo estorsivo non rispecchia quest'ordine di idee. Se si compara infatti il trattamento sanzionatorio che il legislatore riserva a questa fattispecie, possiamo agevolmente notare come esso sia superiore, addirittura nel minimo (venticinque anni), al massimo edittale previsto per il delitto di omicidio volontario semplice (da ventuno a ventiquattro anni: art. 575 c.p.), e finanche al delitto di strage, in caso non vi siano eventi letali (art. 422, c. 2, c.p.: da quindici a ventiquattro anni). All'evidenza, si tratta di una scelta che non può essere condivisa, frutto della matrice emergenziale che, come visto, è alla base del nuovo assetto sanzionatorio.

Il punto che appare di maggiore problematicità consiste essenzialmente nella violazione della gerarchia costituzionale dei beni giuridici, che si è realizzata con le modifiche alla parte sanzionatoria dell'art. 630 c.p. È ben noto, lo ricorda giustamente anche la dottrina³⁴⁷, che istituire raffronti significativi tra i beni giuridici tutelati mediante l'analisi delle pene edittali che il legislatore commina per tutelarli è difficile e problematico, specie con riguardo ad una legislazione artificiosa ed ipertrofica quale era, già in

³⁴⁷ PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., p. 438-439.

origine³⁴⁸, quella del codice Rocco. Ma ciò non toglie che, in quest'ambito, il legislatore abbia superato i limiti imposti dai principi costituzionali; può infatti ritenersi costituzionalmente legittimo – in particolare sul piano della ragionevolezza – che chi spegne una vita umana rischi una pena che, al massimo, può raggiungere i ventiquattro anni, mentre chi priva taluno della libertà personale, magari per solo un'ora, rischi, nel minimo, una pena di venticinque anni? E cioè costituzionalmente legittimo che una lesione minimale ad un bene giuridico di rango inferiore sia punita più gravemente della lesione più intesa di un bene di rango superiore?

La risposta che si ritiene di dover dare è, senza dubbio, negativa. Non si vogliono qui ignorare le pressanti ragioni che hanno portato il legislatore a prevedere pene draconiane per questo odioso fenomeno criminale, ma nemmeno si può fare a meno di segnalare che anche le più gravi emergenze criminali non possono comunque essere fronteggiate mediante una così palese violazione delle regole costituzionali in materia di pena, regole che, in ogni situazione, impongono al legislatore l'obbligo di strutturare la risposta sanzionatoria tenendo in debito conto l'ampiezza della fattispecie legale di reato. Non può poi essere dimenticato che l'introduzione di pene di eccezionale gravità per fronteggiare specifiche emergenze criminali o viene per legge limitata nel tempo o, diversamente, sarà destinata a stabilizzarsi nell'ordinamento, cristallizzando una situazione normativo-sanzionatoria che, se già appariva criticabile nel pieno dell'emergenza che l'aveva giustificata, diviene fonte ininterrotta di ingiustizia quando questa è terminata.

Peraltro, dall'irragionevolezza intesa quale violazione della gerarchia dei beni come desunta dalla Carta fondamentale si aggiunge – come logico corollario dello strumento con si è attuata, e cioè la sanzione penale – anche un secondo profilo di incostituzionalità, cioè la violazione del principio di

³⁴⁸ DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 21 ss.

proporzione tra fatto e sanzione. Il legislatore, infatti, forse anche per una visione solo parziale della fenomenologia criminale dei sequestri, percepiti essenzialmente nella loro forma più dura, nella determinazione della sanzione edittale non ha tenuto conto dell'effettiva ampiezza delle fattispecie concretamente rapportabili al tipo legale, le quali normalmente si caratterizzano per avere una carica lesiva di gran lunga meno intensa. La conseguenza è stata l'introduzione di un trattamento edittale del tutto sproporzionato rispetto ad una larga fetta di classi di condotte che, pur integrando indubbiamente lo schema legale della fattispecie incriminatrice, appaiono senz'altro meritevoli di minor rigore sanzionatorio.

L'ingiustizia cui conduce tale situazione ha indotto la prassi a tentare di arginarne gli effetti.

In primo luogo, passata l'emergenza criminale, aveva iniziato a farsi largo nella giurisprudenza un orientamento, invero sostenuto anche da una parte della dottrina³⁴⁹, che, nelle ipotesi in cui la privazione della libertà personale traeva la propria origine nell'esistenza di un pregresso rapporto economico ancorché illecito (si pensi alla classica ipotesi di immigrati clandestini che vengono sequestrati, affinché saldino il debito sorto in seguito al trasporto nel Paese ospitante), tendeva a configurare non un sequestro a scopo estorsivo, ma un concorso formale tra sequestro semplice ed estorsione (tentata o consumata)³⁵⁰. L'orientamento in esame, dichiaratamente ispirato anche alla necessità di evitare l'inflizione di trattamenti sanzionatori sproporzionati, pur essendo divenuto maggioritario in giurisprudenza non ha però incontrato il favore delle Sezioni Unite³⁵¹, le quali – in accoglimento

³⁴⁹ FIANDACA-MUSCO, *I delitti contro il patrimonio*, cit., p. 163.

³⁵⁰ Cass., sez. II, 10 agosto 2000, n. 12394, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3439; sez. II, 1 luglio 1993, n. 9189.

³⁵¹ Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, n. 962, in *Foro it.*, 2004, II, p. 132 ss., con nota critica di FIANDACA. In senso favorevole alla pronuncia FANTUZZI, *Sequestro di persona a scopo di estorsione: configurabilità del reato complesso rispetto al concorso dei reati base*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1203 ss.

dell'indirizzo minoritario – hanno invece ribadito l'illegittimità di qualunque scissione del fatto motivata dall'esistenza o meno un pregresso rapporto economico, poiché l'ingiustizia del profitto va valutata con criteri legali, e dunque esso ricorre ogniqualvolta sia esclusa la tutela della pretesa vantata da parte dell'ordinamento giuridico, con la conseguenza che, accertata l'ingiustizia del profitto, si configura sempre il sequestro estorsivo.

Una seconda via, perseguita dalla giurisprudenza con esiti non meno fallimentari della prima, è stata quella di adire direttamente la Corte costituzionale, mediante la proposizione di una questione di legittimità costituzionale; vale peraltro la pena di ripercorrere sinteticamente il fatto oggetto del giudizio in cui era sorto l'incidente di costituzionalità:

Quattro cittadini albanesi conducono un connazionale in un vecchio casolare dove lo tengono sequestrato al fine di riscuotere una somma di denaro loro dovuta da un connazionale per un debito di droga non saldato. Dopo circa sedici ore, seguito di una segnalazione, le forze dell'ordine individuano il luogo in cui la vittima è tenuta in ostaggio e questi viene così liberato.

Orbene, in accordo con la giurisprudenza delle Sezioni Unite, il fatto in questione integra pacificamente non il concorso formale tra i reati di sequestro semplice ed estorsione, bensì la più grave fattispecie di sequestro a scopo di estorsione, con la conseguenza che ai correi va applicata la pena base da venticinque a trent'anni.

Il Tribunale rimettente, però, dubita della legittimità costituzionale di questa previsione sanzionatoria, in quanto la sua inusitata asprezza – accentuata dall'assenza di una circostanza attenuante per i fatti di speciale tenuità – pregiudicherebbe la finalità rieducativa della pena. Inoltre, risulterebbe violato il principio di ragionevolezza, in quanto la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 3 della l. 26 novembre 1985, n. 718, pur punendo, con la stessa pena, un fatto sostanzialmente identico a quello descritto dall'art.

630 c.p.³⁵², a differenza di quest'ultimo prevede una circostanza attenuante speciale per i fatti di lieve entità³⁵³.

La Corte costituzionale, però, dichiara inammissibile la questione sollevata.

Secondo il giudice delle leggi, infatti, le censure mosse si risolvono, in ultima analisi, in una *critica*, priva di sostanza costituzionale, alle scelte di politica criminale del legislatore, alla quale si accompagna, peraltro, un'irrimediabile indeterminatezza del *petitum* che si rivolge alla Corte³⁵⁴ che non consente di comprendere quale sia il contenuto della pronuncia richiesta dal giudice *a quo*.

Falliti così tutti i rimedi potenzialmente esperibili dall'interprete per ovviare alla violazione del principio di proporzionalità, e dimostrata con particolare nitidezza l'insufficienza del controllo di costituzionalità, diviene chiaro che l'unica strada ipotizzabile per sanare l'eccessiva asprezza di questa previsione incriminatrice è quella di una modifica legislativa; una modifica che, però, appare tanto necessaria quanto improbabile.

Con riguardo ai profili sanzionatori dell'art. 630 c.p. deve peraltro segnalarsi un'ulteriore problematica che si è determinata a seguito delle modifiche apportate con il d.l. 94/2009 alla fattispecie del sequestro semplice, analizzata poco sopra.

³⁵² La norma risulta così formulata: è punito con la reclusione da venticinque a trent'anni “*chiunque, fuori dei casi indicati dagli artt. 289-bis e 630 c.p., sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più Governi, una persona fisica, o giuridica, od una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione*”.

³⁵³ Correttamente il Tribunale remittente esclude che detta circostanza sia applicabile al caso di specie, stante la clausola di sussidiarietà espressa presente nella fattispecie di cui all'art. 3 l. 718/1985.

³⁵⁴ Effettivamente, l'ordinanza non chiarisce quale sia il rimedio che si chiede alla Corte di adottare. Peraltro quest'ultima, cercando di interpretare l'ordinanza di rimessione sul piano del *petitum*, non manca di evidenziare che, anche se si ritenesse che si chieda la pronuncia di una decisione che renda applicabile la ricordata circostanza attenuante anche ai casi di cui all'art. 630 c.p., la questione di legittimità sarebbe comunque da rigettare, poiché si tratterebbe di sindacare una scelta di merito per definizione riservata alla discrezionalità del legislatore, in questo caso esercitata entro i limiti della non manifesta irragionevolezza.

Il comma quarto della norma in esame infatti, nel disciplinare le ipotesi di attenuazione sanzionatoria nel caso di collaborazione del concorrente con l'autorità giudiziaria alla quale consegna la liberazione dell'ostaggio, opera un rinvio alle *“pene previste dall'art. 605”*, ossia alle più miti previsioni edittali del sequestro semplice, e questo rinvio ha rilevanza anche per le fattispecie attenuante di cui commi successivi dell'art. 630, poiché, come base di calcolo su cui operare le attenuazioni di pena, esse fanno riferimento alle previsioni sanzionatorie di cui ai commi da uno a quattro. Il richiamo all'art. 605, nel vigore della precedente versione, non comportava problemi di sorta, poiché esso conteneva una previsione sanzionatoria di base (reclusione da sei mesi a otto anni) ed una aggravata (reclusione da uno a dieci anni), ma la situazione si è modificata a seguito del pacchetto sicurezza del 2009, il quale ha introdotto una serie di quadri edittali differenziati che trovano applicazione quando il fatto di reato concerne un minorenne. A questo punto viene naturale chiedersi quale sia la disciplina sanzionatoria applicabile nel caso il sequestro di persona a scopo di estorsione sia perpetrato ai danni di un minore di età e la condotta collaborativa integri gli estremi dalla fattispecie attenuata di cui all'art. 630, c. 4; il rinvio da questa operato alle *“pene previste dall'art. 605”* deve intendersi limitato alle pene di cui ai commi uno e due, o esteso anche a quelle previste per il sequestro di minori?

Ad avviso di chi scrive, la questione può essere così risolta: da un lato, stando alla lettera della norma, il rinvio operato dall'art. 630 all'art. 605 è *“integrale”*, cioè a *tutte* le pene previste da quest'ultima norma e quindi, in linea di principio, anche alle nuove pene di cui ai commi terzo quarto e quinto introdotti nel 2009. Tuttavia, questa indicazione di massima, se è sicuramente valida per la previsione sanzionatoria di cui al nuovo comma tre dell'art. 605, cioè la norma che prevede gli aggravamenti di pena fondati sulla minore età del soggetto passivo, non lo è con riferimento alle pene previste nei commi

successivi. Il comma quarto, infatti, disciplina il caso del sequestro di persona che sfocia nell'omicidio del soggetto passivo e per tale eventualità – analogamente al comma tre dell'art. 630 – prevede la pena dell'ergastolo; appare evidente che questa previsione, stante la logica premiale che ispira il comma quarto dell'art. 630, è esclusa dal richiamo da questa'ultima operato, *quoad poenam*, all'art. 605. Pur in base a ragioni diverse, alla stessa conclusione si deve pervenire con riferimento alle previsioni sanzionatorie di cui al comma quinto dell'art. 605, poiché queste ultime integrano figure attenuante della pena prevista per il sequestro di minore (art. 605, c. 3) i cui fatti costitutivi sono sostanzialmente identici, salvo alcune sfumature³⁵⁵, a quelli autonomamente disciplinati, sul piano strutturale e sanzionatorio, dall'art. 630, c. 4 e ss.; sarà dunque quest'ultimo a trovare applicazione in forza del rapporto di specialità che intercorre tra l'art. 605 e l'art. 630³⁵⁶.

L'adeguamento sanzionatorio indiretto delle previsioni edittali dell'art. 630, determinatosi a seguito delle modifiche apportate all'art. 605, non sembra dunque aver generato particolari problemi di costituzionalità. L'unico punto discutibile inerisce alla seconda parte del comma quarto dell'art. 630 c.p., laddove si prevede una correzione verso l'alto delle pene previste dall'art. 605 nel caso il sequestrato muoia in conseguenza del sequestro; in tale ipotesi, la pena va da sei a quindici anni di reclusione, cioè lo stesso massimo edittale previsto per il sequestro di minore (più basso, invece, il minimo: tre anni). Questo significa che, in caso di dissociazione e collaborazione dell'agente, si punisce con il medesimo massimo edittale il sequestro di persona sia che il minorenne muoia in conseguenza del sequestro sia che ad esso sopravviva, mentre una differenziazione sarebbe forse stata opportuna. Difficile peraltro operare valutazioni rilevanti sul piano del merito costituzionale, anche in

³⁵⁵ Cfr., *supra*, par.

³⁵⁶ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 474.

considerazione del fatto che comunque una distinzione sanzionatoria esiste, in quanto in caso di morte del sequestrato (e di dissociazione e collaborazione dell'agente) il minimo edittale è pari a sei anni, cioè il doppio rispetto al caso in cui al sequestro non segue la morte dell'ostaggio; una differenza forse capace di far cadere ogni sospetto di irragionevolezza della previsione sanzionatoria in esame.

5.4 L'attenuante dei casi di minore gravità nella violenza sessuale –

Esaminato il delicato settore della tutela della libertà personale, possiamo ora procedere a completare l'analisi delle comminatorie edittali, prendendo in considerazione le comminatorie edittali di pena previste in materia di delitti contro la libertà sessuale, con particolare riguardo alla fattispecie cardine di tale settore di tutela penale, e cioè la violenza sessuale *ex art. 609-bis c.p.*

Peraltro, è bene specificare subito che non si sono posti *in subiecta materia* problemi specifici sui profili edittali dei delitti contro la libertà sessuale, potendosi senza difficoltà affermare che il trattamento previsto sia sostanzialmente equilibrato ed eventuali critiche ad esso rischierebbero di caratterizzarsi per avere una natura squisitamente politica, priva di contenuto significativo sul piano tecnico giuridico; il punto più problematico dei quadri edittali in tema di violenza sessuale, infatti, è più specifico e non riguarda direttamente le comminatorie edittali, bensì il diverso profilo delle circostanze attenuanti applicabili ai delitti in materia di violenza sessuale e, in particolare, la mancata estensione dell'attenuante dei casi di minore gravità alla fattispecie di violenza sessuale di gruppo (art. 609-octies c.p.); a rigore, infatti, l'attenuante in parola, prevista dall'art. 609-bis, c. 3, c.p., non è richiamata dall'art. 609-octies e dunque si pone il problema di capire se la sua estensibilità al delitto plurisoggettivo in via interpretativa sia o meno ammissibile.

La dubbia applicabilità dell'attenuante in parola alla fattispecie delittuosa a concorso necessario³⁵⁷ era stata per tempo segnalata dalla dottrina³⁵⁸, la quale, pur con diversità di vedute circa i rimedi concretamente esperibile per porre rimedio alla scelta legislativa, si era espressa in termini unanimemente critici verso detta scelta. In particolare, secondo un primo orientamento, l'omesso richiamo all'attenuante costituisce una lacuna legislativa alla quale deve senz'altro porre rimedio la giurisprudenza, estendendo *in via interpretativa* la portata operativa dell'attenuante *ex art. 609-bis*, u. c., c.p.³⁵⁹. Secondo altra parte della dottrina, invece, questo rimedio non sarebbe praticabile. Che si tratti di una lacuna involontaria del legislatore, infatti, è invero difficile da sostenere, sia per il rilievo circa una dubbia (ma sul punto di tornerà a breve) compatibilità logica tra violenza sessuale “di gruppo” e casi di “minore gravità”³⁶⁰, sia soprattutto per lo specifico richiamo alle aggravanti di cui all'art. 609-ter (ma non anche all'attenuante in parola) e l'introduzione di un apposito microsistema di

³⁵⁷ È indubbio, peraltro, che si tratti di una fattispecie autonoma e non di una circostanza aggravante; sul punto, MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): un esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, p. 420. In giurisprudenza, Cass., sez. II, 27 gennaio 2009, n. 7336, in *G. al dir.*, 2009, n. 13, p. 92; Cass., sez. I, 28 gennaio 2005, n. 6775, in *Foro it.*, 2006, p. 289. Incidentalmente, lo rileva anche Corte cost., 26 luglio 2005, n. 325, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3336 ss. della quale si parlerà ampiamente tra breve. Giova, peraltro evidenziare che, nell'affermare la natura autonoma e non circostanziale della fattispecie in esame, la Corte sconfessa apertamente se stessa, ed in particolare quanto affermato nella nota Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Fedi, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 295 ss. Tale pronuncia, infatti, aveva elevato ad unico criterio discrezionale tra elementi accidentali ed elementi essenziali del reato, la tecnica redazionale in concreto adottata dal legislatore, nel senso che il rinvio *per relationem* al precetto già compiutamente descritto in altra fattispecie stava a significare che si era in presenza di una circostanza del reato, mentre la descrizione del precetto operata direttamente dalla fattispecie considerata era invece sintomatico della sua natura di figura autonoma di reato. Applicando tale criterio, è del tutto evidente che la conclusione avrebbe dovuto essere nel senso che l'art. 609-octies costituisce una circostanza aggravante, poiché il fatto di reato è descritto per rinvio all'art. 609-bis; tuttavia, facendo riferimento al bene giuridico, e più precisamente all'entità dell'offesa a quest'ultimo, la Corte ha ritenuto invece che si trattasse di autonoma figura di reato. Su tutti questi aspetti, cfr. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2835-2836.

³⁵⁸ PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 281 ss.; DONINI, *Commento all'art. 609-octies*, in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, p. 785 ss.

³⁵⁹ LUNARDI – DEL VECCHIO, *Nuove norme sulla violenza sessuale*, in *Fam. Dir.*, 1996, p. 391 ss.; COLASANTI, *Nessuna attenuante ai reati del branco*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 34, p. 70.

³⁶⁰ Cass., sez. III, 12 ottobre 2007, n. 42111, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4682.

circostanze attenuanti di natura soggettiva previsto autonomamente per il delitto in esame³⁶¹; ciò premesso, l'unica strada ipotizzabile per sanare l'illegittimità costituzionale della scelta legislativa sembra essere quella della proposizione di un incidente di costituzionalità fondato sul parametro di cui all'art. 3 Cost.

Fin dalle prime applicazioni giurisprudenziali, però, gli auspici della dottrina sono stati del tutto disattesi.

Dapprima, infatti, una questione di legittimità costituzionale era stata dichiarata manifestamente infondata dalla Cassazione³⁶² e, successivamente, a chiudere ogni disquisizione sul punto è intervenuta direttamente la Corte costituzionale con la sent. 26 luglio 2005, n. 325³⁶³ che ha dichiarato non fondata la predetta questione di legittimità. Per la sua rilevanza, è opportuno esaminare nello specifico sia il caso di specie, che ha dato la stura all'incidente di costituzionalità, sia la motivazione fornita sul punto dalla Corte costituzionale. Quanto al primo profilo, il giudizio *a quo* vedeva quali imputati due soggetti che, in evidente stato di ebbrezza, all'interno di un affollato stabilimento balneare si erano avvicinati alla persona offesa e le avevano toccato i glutei; uno dei due, quasi contemporaneamente, aveva altresì tentato di baciare la vittima, non riuscendo però nell'intento per la decisa reazione della stessa. Ritiene il giudice *a quo*³⁶⁴ che – per le specifiche modalità del fatto e la ridotta gravità dell'offesa alla libertà sessuale e del danno sofferto dalla vittima – agli imputati sarebbe senz'altro applicabile la diminuyente

³⁶¹ MOCCIA, *Il sistema delle circostanze*, cit., p. 421.

³⁶² Cass., sez. III, 24 settembre 2002-10 gennaio 2003, n. 502, in *Cass. pen.*, 2004, p. 530. La sentenza appare, peraltro, criticabile nella parte in cui rigetta la questione sollevata facendo riferimento a quell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale secondo cui il principio rieducativo della pena deve ritenersi operante solo nell'ultima fase della fenomenologia della stessa, cioè quella esecutiva, e non già a livello editale. Il Suprema Collegio, però, non considera che tale orientamento, nel 2003, risultava già ampiamente sconfessato dalla stessa Corte costituzionale che aveva già esteso al portata del precetto costituzionale in esame a tutto l'arco della fenomenologia punitiva, a partire dalla comminatorie legale astratta. Sul punto, cfr. *supra* par.

³⁶³ Corte cost., 26 luglio 2005, n. 325, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3336 ss.

³⁶⁴ L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Ravenna è edita in *G.U.* n. 48 del 15 dicembre 2004.

prevista all'art. 609-bis, potendosi senza difficoltà affermare che il fatto commesso dagli imputati rientri nello schema tipico dei “*casi di minore gravità*”. Tuttavia, dal momento che l'art. 609-octies non prevede tale attenuante e l'applicazione analogica della stessa non è tecnicamente possibile, in quanto non si tratta di lacuna involontaria, secondo il giudice remittente si realizza un'evidente disparità di trattamento (art. 3 Cost.), poiché a fatti concreti essenzialmente analoghi vengono riservati, sul piano sanzionatorio, trattamenti fortemente differenziati³⁶⁵, ed oltretutto si arreca un grave pregiudizio alla possibilità per l'agente di percepire quale giusta la pena lui inflitta e dunque, in ultima analisi, alla realizzazione di un effettivo percorso rieducativo dello stesso, come impone l'art. 27, c. 3, Cost.

La Corte, però, rigetta l'impostazione argomentativa fatta propria dal giudice remittente e giudica non irragionevole la scelta differenziatrice operata dal legislatore del 1996.

In particolare, osserva la Corte, “*l'esigenza di prevedere un'autonoma ipotesi di reato rispetto alla violenza sessuale monosoggettiva e di sanzionarla con una pena più severa trova ragione, sul terreno della politica criminale, nella constatazione che l'aggressione commessa da più persone riunite, oltre a comportare una più intensa lesione del bene della libertà sessuale a causa della prevedibile reiterazione degli atti di violenza, vanifica le possibilità di difesa e di resistenza della vittima e la espone a forme di degradazione e di reificazione che rendono più grave e profondo il trauma psichico che comunque consegue a qualsiasi episodio di violenza sessuale*”. Pertanto, prosegue la Corte, stante l'oggettiva differenza tra le fattispecie astratte

³⁶⁵ In particolare, un anno e otto mesi in caso di fatto di minore gravità commesso da una sola persona; sei anni (salvo attenuanti diverse da quella in esame) in caso di medesimo fatto, commesso però da due persone. Peraltro, *ad adiuvandum*, il giudice *a quo* osserva che la scelta legislativa di escludere l'attenuante nella violenza di gruppo appare ulteriormente irragionevole in considerazione del fatto che quest'ultima può invece essere applicata anche nelle ipotesi in cui gli atti sessuali siano commessi in danno di un minore di età, e persino di un infraquattordicenne.

poste a raffronto, non è affatto irragionevole o arbitrario prevedere una differenziazione delle stesse sotto il profilo sanzionatorio, *sub specie* di inapplicabilità alla delitto plurisoggettivo della diminuzione in parola, e non va comunque dimenticato che la pena da infliggere all'agente può comunque riequilibrarsi alla luce dell'applicabilità al partecipe – se ne ricorrono i presupposti – delle attenuanti soggettive disciplinate proprio dall'art. 609-*octies*; da ciò deriva la non fondatezza della questione sollevata³⁶⁶.

Pur essendo oggettivamente preclusa la possibilità che la legittimità costituzionale della scelta legislativa venga messa nuovamente in discussione, e che ad attenuare il rigore sanzionatorio, soprattutto in una materia così sensibile dal punto di vista della pubblica opinione, intervenga il legislatore, ciò non può esimere dal rilevare come essa presenti non pochi profili di criticità³⁶⁷, soprattutto per quanto concerne la tenuta degli argomenti spesi dalla Corte per rigettare la questione sollevata.

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, balza agli occhi l'erronea sovrapposizione che la Corte opera tra le ragioni che (forse) giustificano, in chiave *general-preventiva*, la previsione di un trattamento edittale più elevato per la violenza sessuale di gruppo e quelle che, in un'ottica *special-preventiva*, sono invece costitutive della necessità di introdurre uno strumento di flessibilizzazione della pena edittale che consenta l'adeguamento della pena in concreto irrogata all'estrema latitudine oggettiva che connota il fatto di reato³⁶⁸. In primo luogo, vi sarebbe persino da dubitare della stessa fondatezza

³⁶⁶ La constatata ragionevolezza della norma determina poi, per conseguenza, anche la non fondatezza dell'argomento relativo alla violazione del principio di rieducazione.

³⁶⁷ Per una severa critica alla posizione espressa dalla Corte in questa sentenza cfr. DONINI, *Commento all'art. 609-octies*, cit., p. 785 ss.

³⁶⁸ I problemi interpretativi che derivano dall'eccessiva ampiezza del sintagma "atti sessuali" utilizzata dall'art. 609-bis (come noto, ritenuta inidonea a fondare un'eccezione di indeterminatazza ex art. 25, c. 2, Cost.: Cass., sez. II, 25 maggio 2006, n. 21167), si ritrovano infatti identici anche nella fattispecie di cui all'art. 609-octies in quanto quest'ultimo, per definire il proprio contenuto tipica, fa espressamente riferimento agli atti di cui all'art. 609-bis. Per una recente ricostruzione dei termini in cui la problematica è stata affrontata da dottrina e giurisprudenza cfr. VIZZARDI, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di «atto sessuale»*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 755 ss.

dell'assunto fatto proprio dalla Corte circa l'offensività necessariamente maggiore del fatto di cui all'art. 609-*octies* rispetto a quello di cui all'art. 609-*bis*. Questa maggiore carica lesiva, infatti, potrebbe assumere validità generale se *a*) il numero dei partecipi fosse definito con modalità più rigorose (ad es., almeno cinque, come accade, *ex art.* 112, c. 1, n. 1, c.p.), e *b*) la nozione di atti sessuali fosse tipizzata in modo tale da escludere tutta quell'ampia fascia di condotte di cui è dubbia persino la riconducibilità allo schema tipico del delitto in esame e che comunque sono in concreto dotate di una idoneità offensiva del bene tutelato estremamente contenuta³⁶⁹. Tuttavia, nel caso di cui all'art. 609-*octies*, nessuna delle due condizioni è rispettata, *in primis* perché, come chiarisce la giurisprudenza³⁷⁰, ad integrare la figura di reato in esame sono sufficienti anche due sole persone e, *in secundis*, perché l'elemento oggettivo del reato è identico in entrambe le fattispecie. Pertanto, già il presupposto su cui si fonda il differente trattamento edittale è quanto meno dubbio.

In secondo luogo, se, come già ricordato, la fattispecie della violenza sessuale plurisoggettiva presenta, sul piano oggettivo, la stessa ampiezza della violenza sessuale monosoggettiva e (opportunamente) in quest'ultima il legislatore ha avvertito la necessità di prevedere una consistente diminuzione (fino a due terzi) per casi di minore gravità, l'unica ragione per cui sarebbe ragionevole escludere l'attenuante in esame per la fattispecie *ex art.* 609-*octies* potrebbe ravvisarsi solo in una ontologica incompatibilità, sostenuta dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale³⁷¹, tra casi di minore gravità e la presenza di "*più persone riunite*". Tuttavia, proprio il caso che ha dato origine alla questione di legittimità è illuminante sotto questo profilo: il fugace

³⁶⁹ La casistica, sul punto, è sterminata: cfr. VIZZARDI, *Il bidello e la bambina: i baci "a sorpresa" al banco di prova del principio di legalità*, in *Corr. Mer.*, 2007, n. 11, p. 1297 ss.

³⁷⁰ Cfr., per tutte, Cass., sez. III, 29 gennaio 2004, n. 3348.

³⁷¹ Cass., sez. III, 12 ottobre 2007, cit.; Corte cost., 26 luglio 2005, cit.

toccamento e il (tentativo di) bacio sono stati commessi da più persone riunite (due), ma al tempo stesse sono fattispecie concrete che la stessa giurisprudenza tipicamente riconduce ai casi di minore gravità³⁷².

Inoltre, questo stesso caso di specie mostra come non siano affatto persuasive le argomentazioni della Corte costituzionale relative al “riequilibrio” complessivo del trattamento sanzionatorio che si verificherebbe in ragione della possibilità di applicare all’agente le attenuanti previste dall’ultimo comma dell’art. 609-*octies* e, in particolare, l’attenuante del contributo di minima importanza. In questo caso, infatti, l’applicabilità dell’attenuante è in concreto esclusa dal fatto che le condotte poste in essere dagli imputati sono – dal punto di vista proprio dell’attenuante, quello cioè della rilevanza eziologica della condotta concorsuale atipica – del tutto equiparabili tra di loro, e non è invero agevole comprendere se e quale tra le condotte concrete rappresentate dal tentativo di baciare la vittima e dal fugace tocco possa essere considerato “*opera di minima importanza*”.

Appare pertanto difficilmente giustificabile l’atteggiamento della Corte costituzionale che assevera le istanze general-preventive che hanno animato il legislatore del 1996³⁷³, il quale – guidato dalla volontà di apprestare una tutela rafforzata verso specifiche forme di aggressione alla libertà sessuale particolarmente gravi, anche per l’evidente amplificazione del senso di reificazione che a seguito di esse si ingenera nella vittima³⁷⁴ – ha poi ommesso di tradurre in contenuto tipico le note modali e fattuali che caratterizzano il fenomeno criminologico della violenza sessuale di gruppo come emergente dalla prassi e come sedimentato nella coscienza collettiva, ricordandosi

³⁷² Cfr., ad es., Cass., sez. III, 15 novembre 2005, n. 549.

³⁷³ Lo scopo principale dell’introduzione della fattispecie plurisoggettiva, infatti, è stato proprio quello di escludere la disciplina concorsuale *ex* art. 110 e ss c.p. per riservare ad essa un trattamento edittale diverso e più elevato rispetto a quello della violenza sessuale monosoggettiva; DONINI, *Commento all’art. 609-*octies**, cit., p. 785 ss.

³⁷⁴ In termini analoghi si esprime FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, 2006, vol. II, p. 218-219.

soltanto di soddisfare l'esigenza di una più marcata repressione penale dello stesso.

Il risultato di questa situazione è una fattispecie di reato "sbilanciata" in cui una larga fetta di condotte ascrivibili al tipo legale non è coperta da una sanzione proporzionata all'effettiva lesività del fatto. Sembra dunque difficile non riconoscere una qualche ragione a chi, in dottrina, ha parlato di "*esempio di sciatteria legislativa*"³⁷⁵, aggravato dal "*disimpegno sulle ingiustizie del legislatore*"³⁷⁶ da parte della Corte costituzionale, il cui costo, in termini di ingiustizia sostanziale, è destinato a ricadere per l'intero sulle spalle del giudice.

³⁷⁵ L'espressione è ripresa da MOCCIA, *Il sistema delle circostanze*, cit., p. 421.

³⁷⁶ DONINI, *Commento all'art. 609-octies*, cit., p. 785.

6. IL *NEUER KURS* DEL LEGISLATORE: L'ERA DEI PACCHETTI SICUREZZA E I TENTATIVI DI REAZIONE ALL'ECESSIVA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE

Premessa – La situazione fin qui descritta è dunque quella di un sistema che promette molto in termini di pena legale e delude moltissimo in termini di pena reale. Il sistema penale, in una parola, è problematicamente divenuto un sistema “*simbolico*”³⁷⁷, caratterizzato da una perenne antinomia tra i suoi scopi ideali e i suoi effetti concreti.

Tuttavia, ritenere che detta situazione potesse protrarsi indefinitamente era del tutto illusorio. Lo scarto, sempre più profondo, tra la pena minacciata e quella in concreto eseguita, avviato con la riforma della riforma del 1974³⁷⁸ e poi proseguito con l'introduzione del nuovo ordinamento penitenziario³⁷⁹ e con il varo del nuovo codice di rito³⁸⁰, ha infatti finito con il creare un corto circuito che non poteva più essere ignorato dal legislatore il quale – ed è un'altra facile predizione – è intervenuto, schiacciato dal peso di questa cronica ineffettività, con rimedi drastici e non adeguatamente ponderati.

In particolare, a partire dai primi anni duemila, una serie di riforme settoriali e ispirate alle peggiori logiche securitarie, sospinte dall'aumento della percezione di insicurezza dei cittadini, ha gradualmente stretto le maglie del sistema penale, nel tentativo – che, come vedremo, è risultato vano – di restituire allo stesso un livello minimale di credibilità.

Ben inteso: la storia del diritto penale dell'Italia repubblicana è piena di interventi settoriali diretti a fronteggiare le fenomenologie criminali più diverse: dal terrorismo di matrice politica, alla piaga dei sequestri di persona, alla criminalità organizzata di stampo mafioso. Tuttavia, se, in passato, il fenomeno criminale che obbligava il legislatore ad intervenire era

³⁷⁷ MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, 1993, p. 158.

³⁷⁸ Cfr., *supra*, par. 4.1.1.

³⁷⁹ Cfr., *supra*, par. 4.1.2.

³⁸⁰ Cfr., *supra*, par. 4.1.3.

tragicamente reale (si pensi al sequestro dell'on. Aldo Moro), ed il dibattito si incentrava, quindi, sull'utilità delle misure in concreto adottate a fronteggiare l'emergenza e, prima ancora, sulla conformità di queste ai principi dello Stato di diritto, con riguardo alla situazione attuale ci si deve prima di tutto interrogare *sull'esistenza stessa* di un'emergenza di tipo criminale. Ci si trova cioè dinnanzi all'interrogativo, in sé tutt'altro che tranquillizzante, se il legislatore si stia misurando con un'entità criminologica *reale*, della cui estensione e profondità ha esatta cognizione, oppure con una rappresentazione³⁸¹, più o meno distorta, di questa entità.

Non questa la sede in cui possono essere indagate le origini (antiche, per la verità) del c.d. diritto penale della sicurezza³⁸²; basti richiamare la circostanza che questo dato di politica criminale esiste, e con esso l'interprete deve in ogni fare i conti anche sotto il profilo degli effetti che esso genera sul sistema delle comminatorie edittali. Tuttavia, prima di procedere nella indagine di ciò che più attinente al tema oggetto di ricerca, conviene forse operare qualche riflessione di carattere preliminare sul diritto penale della sicurezza, in quanto può essere di particolare utilità come strumento interpretativo dell'attuale realtà giuridica.

La prima osservazione che può essere formulata è quella di più stringente attualità e, se vogliamo, più superficiale, in quanto ha riguardo a quelle che sono le cause più immediate ed evidenti del nuovo corso politico-criminale voluto dal legislatore (italiano e non solo). Non è necessario impiegare grandi energie intellettuali per comprendere che le linee portanti della politica criminale nell'ultimo decennio tradiscono una *vocazione autenticamente elettorale* fin dalla stessa terminologia che vien utilizzata per

³⁸¹ Per un'ampia indagine sui rapporti tra sistema penale e mass-media cfr. AA. VV., *La televisione del crimine*, in FORTI – BERTOLINO (a cura di), Milano, 2005, *passim*. PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, II, 2009, p. 193 ss.

³⁸² Sul diritto penale della sicurezza cfr. gli imprescindibili contributi di DONINI *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss.; PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 547 ss.

propagandarle³⁸³. A ben vedere, infatti, parlare di sicurezza “dei cittadini” è un non senso già sul piano semantico: la sicurezza è un bene collettivo che non può essere tutelabile a favore di alcuni soggetti e non di altri, poiché, se si garantisce la “sicurezza” nel senso di tranquillità individuale e di tutela dei livelli di qualità della vita³⁸⁴, di ciò beneficeranno *tutti* gli individui, indipendentemente che siano cittadini, stranieri o apolidi, con conseguente inutilità (pericolosità, secondo alcuni³⁸⁵) di ogni distinzione soggettiva in questo ambito. È del tutto evidente, però, che il riferimento ai “cittadini” si spiega con facilità, se si pensa alla volontà delle forze politiche di mandare ad un corpo elettorale disorientato sia dall’aumento della criminalità da strada sia, soprattutto, da un’incessante campagna di stampa che amplifica enormemente alcuni tragici, ma comunque singoli, episodi di cronaca nera, scatenando vere e proprie campagne di panico morale³⁸⁶: donde, l’incessante fiorire di «pacchetti sicurezza», «decreti sicurezza» e di numerosi altri provvedimenti, comunque denominati, ritagliati *ad hoc* sull’emergenza criminale del momento, il tutto in nome di una spasmodica ricerca di consenso elettorale da parte delle odierne classi politiche in crisi di legittimazione.

Tuttavia, un’analisi di tale fenomeno che si arrestasse a ciò sarebbe, con ogni probabilità, incompleta e non sufficientemente approfondita, poiché vi

³⁸³ Ancora attualissime, ancorché pronunciate quasi vent’anni fa, le parole di MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit., p. 159: “l’obiettivo di fondo (inconfessato) che perseguono gli utilizzatori della legislazione simbolica è proprio quello di aggregare il più ampio consenso presso l’opinione pubblica, accreditando tra i cittadini una immagine di capacità e di efficienza”. “Non è certo un caso”, prosegue l’illustre A., “che il ricorso alla legislazione simbolica è sempre accompagnato e sostenuto da un sempre più massiccio ricorso alla politica dell’informazione, cui è attribuita una funzione indispensabile: quella cioè di orientare e rassicurare i consociati sulla “controllabilità” dei fenomeni criminali che più li allarmano”.

³⁸⁴ PALIERO, *Diritto penale e consenso sociale*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, 1993, p. 194, il quale fa propria la definizione di “criminalità da strada” data dalla dottrina nordamericana, che parla, per l’appunto, di criminalità che “attinge immediatamente il senso di sicurezza dei cittadini, abbassando la qualità della loro vita quotidiana”.

³⁸⁵ PAGLIARO, “Diritto penale del nemico”: una costruzione illogica e pericolosa, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460 ss.

³⁸⁶ Cfr., sul punto, il *IV Rapporto sulla sicurezza in Italia e in Europa 2010* disponibile in versione integrale al sito <http://www.osservatorio.it> che certifica lo spazio (definito “abnorme” anche dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano: cfr. *Napolitano “striglia” i telegiornali: troppa cronaca nera e giudiziaria* in *La Repubblica*, 3 febbraio 2011, p. 3) riservato alla cronaca nera dai vari TG nazionali in rapporto alle altre realtà mediatiche e di informazione europee.

sono altri ed altrettanto rilevanti aspetti che devono essere oggetto di riflessione. Più o meno velatamente, infatti, le tipologie di interventi legislativi cui si è poc'anzi fatto cenno celano obiettivi che vanno oltre il dato, peraltro non nuovo³⁸⁷, rappresentato dall'uso del diritto penale come tecnica per incrementare il consenso sociale, in quanto si inquadrano in una più generale crisi dei rapporti tra potere politico e potere giudiziario. Come vedremo meglio a breve, infatti, l'azione riformatrice del legislatore si è per lo più concretizzata attraverso un peculiare strumento normativo che rappresenta il *fil rouge* che lega insieme la quasi totalità degli interventi legislativi più recenti, e cioè *il ritorno alle presunzioni legali*. Naturalmente, che il legislatore abbia fatto ricorso in modo sempre più massiccio a tale delicato strumento – diffuso in materia di misure di sicurezza, prima gradatamente ridotto una serie di sentenze della Corte costituzionale, e poi definitivamente abbandonato dal legislatore nel 1986 – è un dato di fatto difficilmente negabile, ma che il ricorso ad esso sia stato indotto da una sorta di “*sfiducia*” nell'efficacia dell'azione repressiva realizzata dalla magistratura è, invece, solo un possibile paradigma esplicativo la cui fondatezza va verificata in concreto. Vediamo dunque di analizzare a fondo, sul piano tecnico, le varie modifiche intervenute sul sistema penale, circoscritte naturalmente a quelle rilevanti in questa sede, per accertare poi, dopo questo passaggio, se esso può o meno avere un minimo di fondamento.

6.1 *La riforma delle sanzioni edittali del furto del 2001* – Se è vero, come convincentemente sostenuto da un'autorevole dottrina³⁸⁸, che il massimo della razionalità legislativa si ha nell'elaborazione di un codice, mentre nelle leggi speciali e nelle novelle l'armonia dell'impianto si altera o, peggio, si sfigura, dobbiamo da ciò trarre la conclusione, non certo edificante, che è dal

³⁸⁷ MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit., p. 159

³⁸⁸ DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, p. 30.

1930 che il legislatore altera e sfigura l'indubbia razionalità propria del vigente codice³⁸⁹. Tuttavia, bisogna registrare che, almeno a partire dal pacchetto sicurezza del 2001, il *quantum* di incidenza negativa sull'armonia dell'impianto codicistico è addirittura aumentato e la comminatoria edittale di pena rappresenta un punto d'osservazione privilegiato per individuare i guasti di questo *trend* legislativo.

Abbiamo dato conto più sopra³⁹⁰ di come la comminatoria edittale di pena costituisca quasi una sorta di "tabù" politico-elettorale la cui modifica, per giunta, se si tratta di delitti di criminalità comune, è sempre verso l'alto, mentre, se si tratta criminalità dei colletti bianchi, è sempre verso il basso³⁹¹ il che evoca quel diritto penale a due velocità, già noto alla politica criminale internazionale³⁹², che tuttavia, nel nostro Paese, va assumendo tratti distintivi del tutto peculiari e talora preoccupanti³⁹³.

Se si volesse peraltro individuare un provvedimento che possa simboleggiare l'inizio della nuova politica criminale intrapresa dal legislatore, si potrebbe senza difficoltà affermare che tale "merito" spetta al primo "pacchetto sicurezza" che il Governo (di centro-sinistra) approvò con la l. 26 marzo 2001, n. 128³⁹⁴. Prima di esaminare nel dettaglio le previsioni in esso contenute, giova premettere alcune osservazioni di carattere generale.

³⁸⁹ Secondo PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella «età della decodificazione»*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 93, "il codice Rocco si presentava con un grado compattezza sistematica pressoché eccezionale [...]. Un congegno di rara perizia tecnica che si può ovviamente sostituire, ma che non si può modificare dall'interno senza creare distorsioni e sperequazioni a catena".

³⁹⁰ Cfr., *supra*, par.

³⁹¹ FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, p. 45.

³⁹² Sull'ormai noto "diritto penale a due velocità" cfr. SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società post-industriali.*, Milano, 2004.

³⁹³ Sul punto, cfr. DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 51 ss. Emblematica di questa tendenza è, senza dubbio, la controversa riforma della prescrizione operata dall'art. 6 della l. 251/2005 (per una sintesi dei contributi dottrinali relativi a tale modifica cfr., *infra*, nt).

³⁹⁴ Tra i primi commenti alla legge in esame cfr. RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza. Commento alla l. 26 marzo 2001, n. 128*, Milano, 2001; GARGANI, *Le modifiche al codice penale introdotte dal c.d. "pacchetto sicurezza" (l. 26 marzo 2001, n. 128)*, in *Studium iuris*, 2002, I, p. 1 ss.; AA. VV., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (c.d. "pacchetto sicurezza")*, SPANGHER (a cura di), Milano 2001; PISA, *Le misure del pacchetto sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, VIII, p. 937 ss.; ID., *Pacchetto sicurezza e modifiche al codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, V, p. 533 ss.

Suddiviso in 22 articoli, il pacchetto sicurezza del 2001 ha apportato novità nei seguenti ambiti:

- a) revoca della sospensione condizionale della pena, nei casi in cui questa sia stata illegittimamente concessa;
- b) introduzione di nuove fattispecie di furto ed inasprimento delle relative pene edittali;
- c) sgravio della polizia giudiziaria da compiti inerenti le notificazioni degli atti;
- d) riforma delle regole di funzionamento della Cassazione;
- e) rivisitazione dei limiti edittali di pena previsti per l'adozione delle misure cautelari personali e irrigidimento della discrezionalità giudiziale in tale settore;
- f) estensione dei presupposti per l'adozione delle misure precautelari;
- g) disposizioni in tema di utilizzo dell'esercito per fini di pubblica sicurezza, potenziamento del ruolo delle forze dell'ordine nel governo del territorio e, in chiusura, norme di natura finanziaria.

Già ad un primo sguardo generale, il pacchetto sicurezza lascia poco spazio a dubbi circa la sua natura di puro “*spot elettorale*”³⁹⁵. Si è già accennato in sede di premessa al presente capitolo che il clima serpeggiante nel Paese nei mesi che avevano preceduto l'adozione del pacchetto sicurezza risultava particolarmente acceso: l'aumento, comunque contenuto, della criminalità da strada³⁹⁶ era stato infatti accompagnato da una forte campagna di stampa che in pochi mesi – più precisamente tra la fine del 2000 e gli inizi del 2001 – ha enormemente amplificato una serie di tragici, ma comunque

³⁹⁵ Così si era espresso – intuendo la portata del provvedimento che allora era ancora in discussione in Commissione Giustizia alla Camera – NAPPI, *Il vero nodo è il rapporto tra PM e polizia*, in *D. e G.*, 2000, n. 7, p. 5. Cfr. anche l'intervento particolarmente critico dell'Unione delle Camere Penali ad opera del suo Presidente allora in carica (Giuseppe Frigo) disponibile in www.camerepenali.it.

³⁹⁶ Analizzando le statistiche elaborate dall'ISTAT, si scopre infatti che, mentre nel 2000 sono stati denunciati 1.442.930 furti e 43.844 rapine (cfr. ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, anno 2000, p. 66), nel 2001 i furti denunciati salgono a 1.520.754, i furti con strappo e in abitazione a 30.229 (nel 2000 tale tipologia di furto era ricompresa nelle statistiche relative al delitto di furto di cui costituivano mere circostanze aggravanti), e le rapine a 47.912 (cfr. ISTAT, *Statistiche giudiziarie penali*, anno 2001, p. 68).

singoli, episodi di cronaca nera (per lo più, rapine sfociate in omicidio)³⁹⁷, cui sono seguite scomposte reazioni popolari che la classe politica allora al Governo³⁹⁸ decise di appagare con tale provvedimento³⁹⁹.

Il provvedimento sulla sicurezza dei cittadini, quindi, è maturato in un contesto sociale e politico caratterizzato da forti tensioni, e non è pertanto difficile immaginare che la “discesa in campo” del diritto penale non avrebbe portato a nulla di positivo e che il “richiamo” alla mai sopita attrattiva verso la bacchetta magica della prevenzione generale avrebbe nuovamente fatto il proprio ingresso sulla scena del diritto positivo: il punto qualificante dell’intervento in esame, infatti, è la rivitalizzazione del più immediato ed abusato tra gli strumenti penalistici a disposizione del legislatore per frenare una data emergenza criminale, cioè la leva della minaccia legale di pena. In particolare, i due interventi-simbolo della l. 128/2001 sono:

a) l’aumento a sei mesi di reclusione della pena base per il furto semplice;

b) l’introduzione delle nuove figure di reato del furto in abitazione e del furto con strappo (art. 624-*bis*, c. 1 e 2, c.p.). Esaminiamoli nel dettaglio.

³⁹⁷ I quotidiani dell’epoca (cfr., ad es., SALA, *Reagisce alla rapina. Tabaccaio ucciso*, in *Corr. Sera*, 23 gennaio 2001, p. 19, in cui si dà conto anche di altri episodi verificatisi nei mesi precedenti), avevano infatti dato conto, con grande enfasi, di diversi fatti di cronaca nera e tale fattore, unito all’approssimarsi delle consultazioni elettorali (fissate per il maggio dello stesso anno), di cui peraltro il Governo uscente, versando in una situazione di grave crisi di consensi, temeva fortemente l’esito, è stato verosimilmente alla base dell’accelerazione impressa dalla maggioranza all’approvazione del d.d.l.

³⁹⁸ Va comunque ricordato, per completezza, che il provvedimento fu votato anche dall’allora opposizione di centro-destra che pure si lasciò andare a commenti a dir poco imbarazzanti sulla legge appena varata; basti evocare (cfr. CALABRÒ, *Pene più dure per i furti in casa e gli scippi. La Camera approva il pacchetto sicurezza: sì di Ulivo, Polo e Lega. No di Rifondazione*, in *Corr. Sera*, 26 gennaio 2001, p. 13) le parole espresse all’indomani dell’approvazione del provvedimento alla Camera (preludio della sua approvazione definitiva) dal parlamentare di opposizione Gianfranco Anedda secondo cui il pacchetto sicurezza “consentirà a chi commette un furto in appartamento la concessione della condizionale” e, dunque, questi “in sostanza sconterà pochi mesi”.

³⁹⁹ La natura “securitaria” del pacchetto sicurezza è confermata dagli stessi relatori dell’originario d.d.l. governativo AC 5925 (reperibile in www.parlamento.it) che nella relazione introduttiva dello stesso parlano espressamente della necessità di “offrire una risposta pronta ed effettiva al preoccupante incremento della criminalità da strada”. Sul punto, cfr. SPANGHER, *Introduzione*, in SPANGHER (a cura di), in *Le nuove norme*, cit., pp. 2-4.

Quanto al *primo* intervento, peraltro successivamente replicato con riguardo al delitto di violazione di domicilio⁴⁰⁰, va rilevato come esso spicchi per la sua totale inutilità ed ininfluenza sui livelli di efficacia repressiva della norma; al netto di ogni considerazione relativa al fatto che, se si intende ottenere una maggiore efficacia general-preventiva rispetto ad un certo fenomeno criminale, è sul massimo edittale che si deve incidere e non certo sul minimo edittale, che rappresenta solo il limite al di sotto del quale il legislatore non è (di regola) disposto a scendere per assolvere ad esigenze di proporzionalità tra fatto e pena⁴⁰¹, è sufficiente ricordare che già il solo accesso ai riti alternativi può portare la pena a livelli sostanzialmente identici a quelli precedenti⁴⁰².

Quanto al *secondo* intervento, va rilevato che, in primo luogo, risulta puramente illusorio pensare di scoraggiare il *Tätertyp* rappresentato dal “topo d’appartamento” e dallo “scippatore”, “cercando di fargli comprendere la differenza dogmatico-formale tra fattispecie autonoma ed elemento circostanziale”⁴⁰³. È ben vero che, in realtà, il legislatore si era originariamente determinato in tutt’altro senso, in quanto aveva ritenuto – per far fronte all’emergenza criminale – di equiparare, sul piano del trattamento edittale, il furto con strappo alla rapina⁴⁰⁴; fortunatamente, il proposito è poi rientrato e si è scelta così la diversa soluzione tecnica oggi vigente la quale,

⁴⁰⁰ Cfr. l’art. 3, c. 24, l. 15 luglio 2009, n. 94. Per un primo commento generale al provvedimento cfr. ZIZANOVICH, *Le modifiche apportate al codice penale dalla l. 15 luglio 2009, n. 94*, in *Giur. merito*, 2009, n. 12, p. 2943 ss.) che ha aumentato il minimo edittale previsto per tale fattispecie dagli originari quindici agli attuali sei mesi, consentendo inoltre alla polizia giudiziaria di procedere all’arresto degli autori di tale reato, se colti in flagranza. Sul punto, cfr. GATTA, *Violazione di domicilio: aumento del minimo edittale e arresto facoltativo in flagranza*, in CORBETTA – DELLA BELLA – GATTA, *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 181 ss.

⁴⁰¹ Sulle diverse funzioni svolte dal minimo e dal massimo edittale cfr. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, p. 275; cenni alla problematica in STILE, *Prospettive di riforme della commisurazione della pena*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, 1993, p. 326. Più di recente, TUMIELLO *Il volto del reo*, Milano, 2010, p. 221 ss.

⁴⁰² PISA, *Le misure del pacchetto sicurezza*, cit., p. 937.

⁴⁰³ BONZANO, *Il nuovo assetto dei delitti di furto*, in SPANGHER (a cura di), *Le nuove norme*, cit., p. 34, che non manca di rilevare, poco dopo (p. 36) che il problema reale è, per così dire, “a monte” in quanto è “il regime dei benefici di legge e degli istituti premiali che deve forse subire qualche ritocco”.

⁴⁰⁴ Per un’analisi dei lavori preparatori della l. 128/2001 cfr. PISA, *Pacchetto sicurezza*, cit., p. 534.

peraltro, è un'ulteriore controprova della natura di puro *spot* elettorale della riforma. Infatti, come opportunamente rilevato⁴⁰⁵, se l'obiettivo era sottrarre le aggravanti del furto in abitazione e del furto con strappo al giudizio bilanciamento *ex art. 69 c.p.*, ben avrebbe potuto il legislatore inserire una norma apposita – come accade già per altre ipotesi, peraltro in misura sempre crescente⁴⁰⁶ – che le escludesse da tale giudizio, così evitando, tra l'altro, di imporre alla giurisprudenza⁴⁰⁷ di ricorrere, per ribadire che le nuove fattispecie avevano natura autonoma e non circostanziale, al controverso criterio della volontà storica del legislatore⁴⁰⁸. Tuttavia, questa modifica avrebbe determinato un totale oscuramento del messaggio politico-elettorale che con l'approvazione del pacchetto-sicurezza si era inteso veicolare, in quanto – essendo un modifica di carattere puramente tecnico – non avrebbe potuto essere agevolmente compresa dalla pubblica opinione⁴⁰⁹.

In linea generale, dunque, quanto meno con riguardo alle modifiche relative al diritto penale sostanziale, sembra difficilmente revocabile in dubbio che tale pacchetto sicurezza si sia rivelato, in ultima analisi, un totale fallimento, privo di riflessi significativi sui livelli di efficacia e severità del sistema penale. Qualche ripercussione di natura sistematica, però, tale provvedimento l'ha comunque prodotta; ha infatti inaugurato una serie, oggi foltissima, di “*leggine a pioggia*” che altro non sono se un ulteriore

⁴⁰⁵ BONZANO, *Il nuovo assetto dei delitti di furto*, in SPANGHER (a cura di), *Le nuove norme*, cit., p. 40.

⁴⁰⁶ Cfr., ad es., all'aggravante della finalità di terrorismo *ex art. 1 d.l. 15 dicembre 1979*, n. 625, oppure, l'art. 13, c. 4, ult. parte, l. 40/2004 in tema di fecondazione medicalmente assistita. Per un'ampia indagine sul “*meccanismo di blindatura*” delle aggravanti cfr. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Genova, 2008, p. 49 ss.

⁴⁰⁷ Cfr., da ultimo, Cass., sez. IV, 19 settembre 2006, n. 36606, che ha dovuto ribadire tale orientamento a fronte di una sua non pacifica applicazione presso la giurisprudenza di merito.

⁴⁰⁸ Sui criteri diagnostici della natura circostanziale o autonoma di una fattispecie cfr. le acute osservazioni di AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2815 ss. il quale, a conclusione della sua indagine, giunge – non senza ragioni e con il supporto di autorevole dottrina – ad auspicare l'abolizione *tout-court* della categoria degli elementi accidentali del reato, così trasformando tutte le circostanze da “*proprie*” a “*improprie*”, recuperando le risorse per assolvere alle esigenze di individualizzazione della pena rigorosamente all'interno della cornice edittale, e contribuendo a ridurre l'enorme incertezza e la carenza di credibilità che grava su queste ultime. Per una soluzione analoga cfr. *infra*, par. 7.2.

⁴⁰⁹ Analogamente, GARGANI, *Le modifiche al codice penale*, cit., p. 3.

ostacolo all'avvio di una diversa e tante volte auspicata stagione legislativa votata all'elaborazione di "riforme organiche"⁴¹⁰.

Dopo il pacchetto sicurezza del 2001, infatti, altri e ben più dirompenti interventi normativi hanno invaso il terreno delle riforme penali, interventi di cui daremo subito conto, ma non senza aver prima evidenziato una differenza di non poco momento: gli effetti di questi interventi non sono stati affatto, come è accaduto per il pacchetto sicurezza del 2001, puri *restyling* della facciata normativa, privi di qualunque effettività e dunque destinati a non incidere in modo sensibile sulla prassi; a contrario, essi hanno costituito una grave distorsione della logica interna al sistema penale con la quale l'interprete è ancora oggi obbligato a fare i conti.

6.2 *L'incisione sui processi motivazionali del giudice* – Procedendo in ordine cronologico, la prima e più devastante di tali riforme è stata senza dubbio la l. 251/2005 (c.d. legge *ex-Cirielli*) che, al netto delle modifiche apportate alla disciplina della prescrizione⁴¹¹, del tutto aliene rispetto alla filosofia ispiratrice della legge in cui si inseriscono e condizionate dalla

⁴¹⁰ PISA, *Leggine «a pioggia» e riforma del codice penale: un film già visto?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, VI, p. 665 ss.

⁴¹¹ Sulla disastrosa riforma della prescrizione e sui relativi effetti cfr. BRICCHETTI, *Un nuovo criterio fissa la gravità dei reati*, in *G. al dir.*, Dossier/1, 2006, p. 67-74. BRICCHETTI, *Atti interruttivi: cambia il tetto invalicabile*, in *Guida al diritto*, Dossier/1, 2006, p. 75-78; CONSO, "Un'amnistia mascherata a rischio di incostituzionalità", in *Il sole 24 ore*, 4 settembre 2005, p. 1; GIUNTA, *Il flou della nuova prescrizione nel cappio della ritrovata recidiva. A proposito della "Cirielli" divenuta "ex"*, in *Crit. dir.*, 2005, n. 1, p. 178-201; GREVI, *Uno sfregio inutile alla giustizia penale*, in *Corriere della sera*, 30 novembre 2005, p. 2; GREVI, *Amnistia mascherata*, in *Corriere della sera*, 24 ottobre 2006, p. 42; GROSSO, *Amnistia di fatto*, in *La stampa*, 30 novembre 2005, p. 1; MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2006, p. 170 ss.; MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero l'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 976 ss.; MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, p. 257-312; NORDIO, *Prescrizione: un pasticcio inutile*, in *Dir. & Giust.*, n. 46, 2005, p. 90-91; SILVANI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, n. 3, 2006, p. 311. A quanto consta, l'unica lettura positiva del provvedimento in esame, anche per quanto concerne la disciplina della prescrizione, è di SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida al Diritto*, dossier n. 1, 2006, p. 45-51. Per un lungimirante, ma rimasto purtroppo inascoltato, allarme sull'allora prossimo esplodere del problema prescrizionale cfr. MARINUCCI, *Bomba ad orologeria da disinnescare*, in *Il sole 24 ore*, 12 marzo 1998, p. 2.

volontà di salvaguardare alcuni imputati eccellenti, rappresenta il tentativo di traduzione in termini nostrani della filosofia di lotta al recidivo mutuata dall'ordinamento statunitense⁴¹².

È noto che tale riforma ha originato un'enormità di problemi teorici ed applicativi che non possono essere affrontati in questa sede, anche in quanto non tutti appaiono pertinenti al tema oggetto di indagine. L'attenzione, quindi, si concentrerà sulle sole disposizioni che hanno inciso, direttamente o indirettamente, sull'effettività della comminatoria edittale, ed in particolare sui seguenti punti:

- a) la nuova disciplina della recidiva;
- b) la modifica delle attenuanti generiche;
- c) i nuovi limiti al giudizio di bilanciamento;
- d) l'inasprimento degli aumenti di pena per il concorso formale ed il reato continuato.

⁴¹² "Illuminanti", sotto questo profilo, sono le parole dell'allora Ministro della Giustizia, on. Roberto Castelli, a sostegno dell'emendamento governativo 3.40 che, modificando il comma 5 dell'art. 99 c.p., introduceva nell'ordinamento l'unica ipotesi di recidiva espressamente qualificata come obbligatoria dal legislatore (riconoscono tale carattere, in dottrina, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 506 e, in giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, Calibè) pronunciate nel corso della seduta della Camera dei Deputati in data 15 dicembre 2004 (in <http://www.camera.it/>): "[...] richiamo l'attenzione dei colleghi sull'emendamento 3.40 del Governo, a cui attribuisco grande importanza. Esso rende obbligatoria l'applicazione dell'aumento di pena nel caso di recidive concernenti i delitti indicati nell'articolo 407, comma 2, del codice di procedura penale ... Nell'invitare ... ad abbandonare i vaticini e ad adottare il metodo galileiano basato sull'esperienza, che regge il mondo moderno, desidero precisare che la disposizione è mutuata dal sistema degli Stati Uniti ... Gli Stati Uniti hanno applicato la politica che loro chiamano dello strike (chi si intende di baseball può capire). Sostanzialmente, alla terza recidiva, viene applicata una pena molto pesante, partendo dalla constatazione, suffragata da un'indagine sociologica, secondo la quale i soggetti che delinquono costituiscono una piccola parte della popolazione ... Naturalmente, c'è un prezzo da pagare. La popolazione carceraria negli Stati Uniti è pari a due milioni di persone. Facendo una previsione per l'Italia, vorrebbe dire avere quattrocentomila detenuti: il sistema non reggerebbe! Ergo, abbiamo circoscritto, per il momento, l'applicazione di questa fattispecie soltanto ad alcuni delitti più gravi". Sul punto, cfr. GRANDE, *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, 2007; FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 417 ss.; DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.; DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 830 ss.

Prima di procedere nella disamina specifica di queste profonde modifiche al sistema penale, è peraltro opportuno soffermarsi sui caratteri generali della riforma. In primo luogo, è curioso notare come i settori su cui è intervenuta la l. 251/2005 siano i medesimi già modificati dal legislatore del 1974, con la decisiva differenza che la novella del 2005 segue una direttrice politico-criminale diametralmente opposta, al punto che, se possiamo parlare di *riforma* del 1974, possiamo anche parlare di *contro-riforma* del 2005. Daremo conto nel dettaglio del mutamento radicale, quasi epocale, che tale provvedimento cela sul fronte della politica criminale; per il momento, deve focalizzarsi l'attenzione sulle modifiche che in concreto sono state apportate ai settori sopra elencati, iniziando da quello in assoluto più coinvolto, cioè la recidiva.

a) Il mutamento più profondo apportato dalla l. 251/05 è, come noto, rappresentato dalla nuova disciplina della recidiva e, in particolare, dal nuovo volto di quella reiterata (art. 99, c. 4, c.p.) che diviene il volano per la costruzione di una sorta di doppio binario che se, fino alla promulgazione della legge *ex-Cirielli*, veniva associato al carattere bipolare del sistema sanzionatorio italiano, incentrato sul binomio pena-misure di sicurezza, ovvero allo sdoppiamento della regolamentazione in tema di indagini preliminari e misure cautelari per i delitti di mafia e terrorismo rispetto alla disciplina ordinaria⁴¹³, assume odiernamente un'accezione tanto nuova quanto problematica, trasformandosi nel binomio recidivo-incensurato.

Venendo al merito della riforma dell'art. 99 c.p., questa può essere idealmente suddivisa in due parti, in quanto, mentre la prima, che concerne i commi da una a tre della disposizione in esame, si limita ad inasprire il trattamento sanzionatorio previgente⁴¹⁴, la seconda forgia invece un

⁴¹³ PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *G al dir.*, Dossier n. 1, 2006, p. 62.

⁴¹⁴ In particolare, l'art. 4 della l. 251/2005 ha previsto che, nei casi di recidiva semplice, l'aumento di pena debba essere di un terzo (e non più "*fino a un sesto*"), nei casi di recidiva aggravata, fino alla metà (e non più "*fino a un terzo*") e, nei casi di cui all'art. 99, terzo comma, della metà (e non più "*fino alla metà*").

trattamento sanzionatorio del tutto nuovo, che ha quale destinatario il soggetto cui viene applicata la recidiva reiterata *ex art. 99, c. 4, c.p.*

Quest'ultimo, infatti, dovrà subire, in caso di concorso formale o reato continuato, un aumento di pena che non può essere inferiore ad un terzo della pena "*stabilita*"⁴¹⁵ per la violazione più grave.

Occorre soffermare per un momento l'attenzione su tale ultima modifica, perché l'impatto che è destinata ad avere risulta particolarmente significativo. È infatti prevedibile che simile aumento minimo di pena peserà gravemente sul recidivo reiterato, specie con riguardo al settore di criminalità che più dà luogo all'applicazione della recidiva, e cioè i delitti contro il patrimonio. È infatti un dato di comune esperienza che l'autore di tali delitti difficilmente verrà incriminato per il solo delitto contro il patrimonio che intendeva commettere; di regola, questi risponderà anche di altri reati che tipicamente concorrono con quello principale. Si pensi, ad es., ad una rapina commessa con l'uso di armi: in questi casi, il delitto di rapina concorre⁴¹⁶ con quello di porto abusivo di armi, ma se a commetterli è un recidivo reiterato, la pena finale che verrà lui inflitta – anche se determinata nella minor misura possibile – sarà comunque soggetta ad un aumento di pena non inferiore ad un terzo, anche se si tratta di un reato contravvenzionale, come nel caso qui ipotizzato⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Al di là dell'evidente imprecisione lessicale del legislatore, si deve ritenere che il riferimento sia alla pena in concreto *determinata* dal giudice e non a quella astrattamente prevista dal legislatore, anche, in quanto – seguendo questa opzione interpretativa – in primo luogo ci si scontrerebbe subito con l'impossibilità di capire quale sia il termine di riferimento, se cioè si debba avere riguardo al minimo o al massimo edittale, e soprattutto si perverrebbe ad esiti sanzionatori realmente draconiani. Sul punto, ampiamente, CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, Padova, 2006, p. 83 ss.

⁴¹⁶ Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, n. 44906 la quale chiarisce, altresì, che nemmeno la circostanza aggravante comune del nesso teleologico è assorbita in quella speciale *ex art. 628, c. 3, n. 1*) relativa all'uso delle armi, poiché l'uso dell'arma non comporta necessariamente il carattere abusivo della detenzione o del porto, che è elemento costitutivo della fattispecie contravvenzionale.

⁴¹⁷ Giova evidenziare che, nell'art. 81 c.p., non è riprodotta la limitazione dell'aumento di pena ai soli casi di commissione di un "*delitto non colposo*", come invece avviene per la recidiva; conseguentemente, a far scattare l'aumento minimo di pena previsto da tale norma è sufficiente un qualunque reato, anche contravvenzionale (sul punto, cfr. CORBETTA, *Il nuovo volto*, cit., p. 82).

b) Il trattamento per il recidivo diviene poi particolarmente rigido anche in materia di circostanze del reato.

In primo luogo, la l. 251/2005 ha inteso restringere la portata applicativa delle attenuanti *ex art. 62-bis*, stabilendo espressamente che, se il delitto base rientra in quelli previsto dall'art. 407, c, 2, lett. a), c.p.p., esse possono essere concesse all'imputato solo per motivi inerenti le caratteristiche oggettive dell'illecito in concreto commesso e non in relazione alla ridotta intensità del dolo o per la debole capacità a delinquere del reo. A parte la farraginosa tecnica redazionale utilizzata dal legislatore⁴¹⁸, l'obiettivo è chiaro⁴¹⁹: in chi è stato riconosciuto recidivo reiterato l'intensità del dolo e la capacità a delinquere sono da considerarsi, *iuris et de jure*, sicuramente elevati e, pertanto, ad essi non è possibile applicare le attenuanti generiche, se non per motivi inerenti l'oggettiva gravità del fatto, laddove questa appaia particolarmente modesta⁴²⁰.

Peraltro, con il pacchetto sicurezza del 2008⁴²¹, l'art. 62-*bis* c.p. subisce un'ulteriore limitazione; dal momento che la prassi inclinava verso una concessione quasi automatica delle attenuanti generiche⁴²², spesso motivata in ragione dell'assenza di precedenti penali a carico dell'imputato⁴²³, il nuovo ultimo comma della disposizione in esame fa divieto al giudice di riconoscere le predette attenuanti per il solo fatto della incensuratezza dell'imputato e, si badi, quest'ultimo ritocco *non* è limitato ai recidivi reiterati, ma ha validità generale ed è quindi potenzialmente applicabile *erga omnes*.

⁴¹⁸ PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *G. al dir.*, Dossier n. 1, 2006, p. 32.

⁴¹⁹ MELCHIONDA, *Le modifiche in materia di circostanze*, in GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla l. 251/2005*, Milano, 2006, p. 181-204.

⁴²⁰ Sui vari profili di incostituzionalità di tale innovazione cfr. QUERO, *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio di inammissibilità*, in *Giur. merito*, 2010, 7-8, p. 1910 ss.

⁴²¹ Cfr. art. 1, lett. f)-*bis*, d. l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125.

⁴²² GATTA, *Modifiche in tema di circostanze del reato*, in AA. VV., *Decreto sicurezza: tutte le novità*, Milano, 2008, p. 43.

⁴²³ CORVI, *Circostanze del reato*, in *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, Torino, 2009, p. 121. Il contributo dell'A. si segnala anche per un'interessante e condivisibile "*proposta interpretativa*" volta a recuperare un significativo ambito di operatività alla disposizione modificata.

Ulteriori restrizioni alla discrezionalità del giudice si trovano anche in relazione al giudizio di comparazione *ex art. 69 c.p.* Tale norma, all'ultimo comma, prevede ora l'impossibilità per il giudice di affermare la prevalenza⁴²⁴ delle attenuanti sulle aggravanti, laddove tra queste ultime vi sia la recidiva reiterata (ovvero, le aggravanti *ex art. 111 e 112, c. 1, n. 4*, cioè, l'aver il colpevole determinato a commettere il reato un non imputabile o non punibile⁴²⁵).

Da ultimo, non può omettersi di ricordare come, nel 2003, il legislatore abbia inibito a colui al quale è stata applicata l'aggravante della recidiva reiterata non può accedere al patteggiamento c.d. allargato⁴²⁶.

⁴²⁴ Che questa fosse l'effettiva volontà del legislatore, però, non era del tutto certo, poiché se si considera il furore repressivo che ha animato l'elaborazione della l. 251/05 ed i relativi lavori parlamentari non può escludersi che il legislatore avesse in realtà l'intenzione di pervenire ad un obbligo di applicare le aggravanti sopra citate, escludendole, come stabiliva il vecchio testo dell'art. 69 antecedente alla riforma del 1974, dal giudizio di comparazione. Tuttavia, il testo della norma consente senza problemi l'interpretazione più favorevole al reo, la quale, pertanto, potrebbe forse risultare non conforme alla *voluntas legislatoris*, ma senz'altro non lo è rispetto alla *voluntas legis*. Non per nulla, vi è chi in dottrina ha parlato di un "*provvidenziale lapsus calami*" (PADOVANI, *Una novella*, cit., p. 32).

⁴²⁵ Peraltro, giova precisare che le due tipologie di circostanze per cui vi è divieto di riconoscere la prevalenza di eventuali attenuanti concorrenti hanno effetti diversi: mentre l'aggravante *ex art. 99, c. 4, c.p.* è limitata ai soli recidivi reiterati, il passato criminale dell'imputato è del tutto irrilevante con riguardo alle aggravanti previste in tema di concorso di persone per le quali, dunque, introducono un divieto di subvalenza per queste ultime valido anche laddove, per ipotesi, non constino precedenti penali a carico dell'imputato. Sul punto, ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla l. 251/2005*, Milano, 2006, p. 22-28.

⁴²⁶ Questa preclusione fu introdotta dalla l. 134/2003 che, come noto, ha introdotto nell'ordinamento processuale l'istituto del "patteggiamento allargato" (sulla legittimità costituzionale di questa scelta cfr. Corte cost., 23 dicembre 2004, n. 421). Peraltro, giova ricordare che l'applicazione giurisprudenziale ha reso ancor più stringenti, per i recidivi qualificati, le maglie dell'accesso ai riti alternativi e, in particolare, al patteggiamento: secondo Cass., Sez. Un., 27.5.2010 (dep. 5.10.2010), n. 35738, Calibè (edita in <http://www.penalecontemporaneo.it> con nota di PANZARASA, *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata*) è infatti sufficiente che il giudice ritenga, in sede di scrutinio della legittimità dell'accordo tra PM ed imputato, applicabile la recidiva reiterata per escludere il patteggiamento, non è necessario la recidiva sia già stata applicata all'imputato con una precedente sentenza. L'irrigidimento della disciplina in materia di recidiva, peraltro, si estende anche in relazione agli altri istituti che "a cascata" vengono coinvolti dal riconoscimento dello *status* di recidivo (sul punto, PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, edito in <http://www.penalecontemporaneo.it>). Resta salva, però, la possibilità di accedere al patteggiamento ordinario, da cui il recidivo non è escluso.

5.3 *Le analoghi interventi in materia processuale e penitenziaria* – Le tenaglie del legislatore sul giudice penale, per la verità, vanno ben oltre il diritto penale sostanziale; è sufficiente, per rendersene conto, dare uno sguardo alle modifiche che, negli ultimi anni, hanno interessato i settori della procedura penale e del diritto penitenziario.

Quanto al profilo processuale, procedendo in ordine cronologico, deve in primo luogo porsi in evidenza che fu proprio il pacchetto sicurezza del 2001 ad introdurre le prime deroghe al libero convincimento del giudice in tema di misure cautelari. L'attuale comma 2-ter dell'art. 275 c.p.p., introdotto dal pacchetto sicurezza del 2001, dispone testualmente che *“Nei casi di condanna di appello le misure cautelari personali sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1-bis, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'articolo 274 e la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'articolo 380, comma 1, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole”*. Come opportunamente fatto notare in dottrina⁴²⁷, la soluzione escogitata dal legislatore è in realtà un *escamotage* per superare la ritenuta non praticabilità⁴²⁸ – per via della dubbia compatibilità con la presunzione d'innocenza – di una norma che introduca il principio di immediata esecutività della sentenza di condanna in appello; in questo modo, si è tentato di ottenere, pur con i limiti oggettivi e soggettivi di cui alla norma, un risultato se non proprio identico, quanto meno analogo a quello che si voleva perseguire, e cioè la restrizione della libertà personale dell'imputato⁴²⁹.

⁴²⁷ ALONZI, *L'adozione di misure cautelari all'esito di un provvedimento di condanna: una discutibile novella*, in SPANGHER (a cura di), *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (c.d. "pacchetto sicurezza")*, Milano, 2001, p. 235.

⁴²⁸ Sulle ragioni che giustificano questa posizione cfr. l'ampia ed approfondita analisi di GREVI, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *Giust. pen.*, 1981, III, p. 595.

⁴²⁹ Peraltro, si perpetua in tal modo l'erronea prospettiva (respinta, come si vedrà a breve, anche dalla Corte costituzionale) che si possano risolvere i problemi generati dall'eccessiva lunghezza dei processi, estendendo i limiti di operatività dello strumento cautelare, creando così non solo svariati problemi di carattere interpretativo (sul punto, si rinvia a GIULIANI, *Sub art. 275*, in CONSO-GREVI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2009, p. 862 ss.), ma impedendo altresì all'interprete di comprendere quali siano le linee qualificanti del sistema di tutela della libertà

Inoltre, nel 2009 il legislatore è nuovamente intervenuto sull'art. 275 c.p.p., estendendo quel discusso principio⁴³⁰ secondo cui – in deroga al c.d. principio di adeguatezza – se si procede per delitti di associazione mafiosa di cui all'art. 416-*bis* c.p. ovvero per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste da quest'ultima disposizione o al fine di agevolare l'attività di tale associazione, anche alle seguenti fattispecie:

- a) delitti, consumati o tentati, elencati dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.;
- b) delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo, elencati dall'art. 51, comma 3-*quater*, c.p.p.;
- c) omicidio volontario (art. 575 c.p.);
- d) delitti di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*bis*, comma 1, c.p.);
- e) pornografia minorile di cui all'art. 600-*ter* c.p. (esclusa la fattispecie di cui al quarto comma);
- f) iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinqüies* c.p.);
- g) violenza sessuale monosoggettiva (art. 609-*bis* c.p.), escluse le ipotesi in cui ricorre la speciale attenuante del fatto di minore entità;

personale dell'imputato. Su quest'ultimo punto, infatti, già all'indomani della approvazione del pacchetto sicurezza si faceva notare in dottrina (RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza. Commento alla l. 26 marzo 2001, n. 128*, Milano, 2001, p. 114) come tale disposizione ben potesse essere letta come il "simbolo" del pendolarismo con cui si muoveva (e tuttora si muove) la mano del legislatore in materia cautelare, in quanto dall'estensione dei poteri cautelari attuata con la serie di decreti legge introdotta nel biennio 1991-1993 (dovuta principalmente alla necessità di rispondere alla recrudescenza del fenomeno mafioso), si era poi transitati verso il più intransigente e ottuso garantismo con la l. 332/1995 (tentativo di reazione del potere legislativo verso una supposta ingerenza degli apparati giudiziari verificatasi all'epoca di tangentopoli) fino all'attuale rivitalizzazione degli stessi poteri attuata con il pacchetto sicurezza del 2001 (e con l'intervento del 2009, di cui subito si dirà) quale strumento qualificante della lotta alla criminalità da strada. Più di recente, parla di "contraddittoria e continua oscillazione della nostra più recente produzione normativa tra esigenze di difesa sociale e di sicurezza del cittadino [...] e tutela, talora "esasperata" e formale, dei diritti fondamentali degli imputati" SCAGLIONE, *I "pacchetti" sicurezza del 2009: profili processuali. Prospettive de iure condendo*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 457.

⁴³⁰ In realtà, la circoscrizione ai soli delitti di mafia ed assimilati è un portato della l. n. 332/1995, poiché nella versione precedente la norma comprendeva diversi altri gravi delitti (cfr. art. 5, c. 1, d. l. 13 maggio 1991, n. 152). Per una ricostruzione delle origine storiche della disposizione in esame, relative ad accentuate esigenze di tutela della collettività (ma anche dello stesso giudice di secondo grado) dalla recrudescenza del fenomeno mafioso, cfr. GREVI, *Misure cautelari*, in CONSO – GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, p. 375 ss.

h) atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* c.p.), escluse le ipotesi in cui ricorre la speciale attenuante del fatto di minore entità;

i) violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.), escluse le ipotesi in cui ricorre la speciale attenuante del fatto di minore entità.

Dinnanzi ad un'estensione così abnorme di uno strumento nelle intenzioni originarie del legislatore doveva rimanere di carattere eccezionale, corre l'obbligo di domandarsi se vi sia o meno una logica comune. La risposta a tale quesito, peraltro, è stata data di recente dalla stessa Corte costituzionale e, in particolare, dalla sentenza⁴³¹ con cui è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale del nuovo art. 275, c. 3, c.p.p.

La motivazione di tale pronuncia è di particolare rilevanza, ancorchè la caducazione della norma processuale censurata non sia stata integrale, ma abbia colpito solo una parte di essa. Per comprendere a fondo le ragioni fatte valere dalla Corte è opportuno ricostruire in sintesi il quadro normativo di base: nello schema legale tipizzato dal legislatore del 2009, erano destinate ad operare – sulla base di quanto già avveniva e tuttora avviene per i delitti di mafia – due distinte presunzioni legali⁴³²: la prima *relativa*, la seconda *assoluta*. Con riguardo al primo profilo, ciò che si presume è la sussistenza delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. a carico dell'indagato, con conseguente sollevazione dall'*onus probandi* sia della parte pubblica sia del giudice che su tale punto non dovrà motivare; sarà quindi l'imputato a dover convincere il giudice dell'inesistenza del *periculum libertatis*. Quanto, invece, alla seconda presunzione, quella assoluta, essa introduce(-va) una deroga al principio di adeguatezza nella scelta tra le varie misure cautelari a disposizione del giudice, eliminando la discrezionalità di quest'ultimo in ordine a tale scelta, ed impedendogli di adottare una misura diversa dalla custodia cautelare in carcere. Orbene, ciò che – nelle varie occasioni in cui fu

⁴³¹ Cfr. Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, V, p. 513.

⁴³² TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, pp. 399-400; NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835 ss. Per un quadro più sintetico, ma comunque esaustivo, cfr. SCAGLIONE, *I "pacchetti" sicurezza del 2009*, cit., p. 458.

discussa la conformità di questo sistema di presunzioni alla Costituzionale ed alla Convenzione europea⁴³³ – aveva “salvato” questo sistema era – secondo le parole della stessa Corte costituzionale – “*la delimitazione all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, tenuto conto del coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato*”⁴³⁴; alla base della ritenuta costituzionalità del sistema in esame era, cioè, una caratteristica oggettiva connessa alla particolare natura dei paradigmi punitivi interessati che rendeva ragionevole presumere – dimostrata la sussistenza dei gravi indizi – che sussistessero le esigenze cautelari e che queste non potessero essere soddisfatte con strumenti diversi e meno afflittivi della custodia cautelare.

Con riguardo alla parte novellata dell'art. 275, c. 3, c.p.p., però, questa esigenza palesemente non sussiste. La ragione giustificativa del regime derogatorio viene completamente meno, poiché la – presunta⁴³⁵ – maggiore diffusione delle aggressioni a sfondo sessuale, per quanto grave, non è certo equiparabile ai fenomeni criminali di tipo associativo; per queste ragioni, l'irrigidimento del potere discrezionale del giudice circa la scelta dello strumento cautelare più adeguato è del tutto irragionevole e, quindi, illegittima. Tuttavia, la Corte, in ossequio alla tradizionale cautela che la anima nella censura delle scelte legislative, non dichiara incostituzionale *tutta* la norma, ma solo quella parte in cui la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere era configurata come assoluta. La Corte, infatti, non applica lo stesso metro di giudizio con riferimento alla *prima* presunzione

⁴³³ Per una sintetica ricostruzione dei profili di legittimità sia sul versante costituzionale (artt. 3, 13, c. 1, e 27, c. 2, Cost.) sia sul piano della Cedu (art. 5, par. 3) dell'art. 275, c. 3, c.p.p., come emersi *prima* della riforma del 2009, cfr. RESTA, *Decreto-legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale*, in *Giur. mer.*, 2009, IV, p. 900 ss.

⁴³⁴ La citazione contenuta nella sent. in esame è di Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450 in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835 con nota di NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza*, cit., p. 2835 ss. Nella sent. in esame si ritrovano anche puntuali riferimenti all'analogia presa di posizione della Corte europea di Strasburgo.

⁴³⁵ Non sembra inutile evidenziare che la stessa Corte, al punto 12 del considerando in diritto, non manca di ricordare che la norma modificata si pone quale risposta ad una emergenza criminale “*percepita*” e non già reale.

legale introdotta dal legislatore, ovvero, che, in presenza di gravi indizi di reato, debba essere l'imputato a dimostrare che il *periculum libertatis* non sussiste o non è tale da rendere necessaria la custodia in carcere. La presunzione, infatti, non è illegittima in sé, ma lo diviene allorquando venga ad assumere carattere assoluto ed insuperabile. La conseguenza è che la caducazione della disposizione impugnata non deve essere integrale, ma è sufficiente che essa venga degradata a presunzione relativa, così consentendo all'imputato la possibilità di difendersi, ancorché di difendersi *provando*.

Ma il fallimento della guerra alla discrezionalità giudiziale condotta con il mezzo delle presunzioni legali è particolarmente evidente anche in materia penitenziaria⁴³⁶.

Come noto, numerose e sistemiche sono le limitazioni ai benefici penitenziari che circondano oggi la figura del recidivo e, soprattutto, il recidivo reiterato, soprattutto dopo la l. 251/2005⁴³⁷ ed il sospetto che esse siano originate proprio dalla sfiducia che si è assunta come ipotesi di lavoro in questo capitolo verso l'azione della magistratura sul versante del controllo del percorso rieducativo del condannato è in verità particolarmente forte⁴³⁸.

È notorio che, al di là delle (profonde) differenze strutturali che intercorrono tra i vari benefici previsti per i detenuti dal vigente ordinamento penitenziario, questi sono tutti riconducibili ad un unico quadro teleologico costituzionalmente qualificato (art., 27, c. 3, Cost.), rappresentato dalla necessità di garantire un reinserimento graduale del detenuto nel tessuto sociale e, quindi, di favorirne la rieducazione, evitando il rischio di ricaduta nel reato⁴³⁹. Tuttavia, la delibazione in senso positivo circa la meritevolezza, da parte del detenuto, di accedere al (o di proseguire nel) trattamento

⁴³⁶ Per una sintetica visione d'insieme cfr. MONTELEONE *Le modifiche in tema di esecuzione della pena contenute nella l. 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Giur. merito*, 2006, IV, p. 860. più approfondita, anche in quanto successiva di tre anni all'entrata in vigore della l. 251/2005, CIPOLLA, *La l. n. 251 del 2005 c.d. ex-Cirielli*, in *Giur. merito*, 2009, V, p. 1195 ss.

⁴³⁷ Serrate critiche alla scelta del legislatore in DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, p. 515 ss.

⁴³⁸ Sul punto cfr., nella letteratura americana, SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, 2008.

⁴³⁹ DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova*, cit., p. 1493 (in partic. v. nt. 7).

penitenziario in regime alternativo alla detenzione⁴⁴⁰, affidata dalla legge alla magistratura di sorveglianza, è una scelta ardua e a contenuto altamente discrezionale⁴⁴¹; pertanto, anche in tale settore, operare al fine di garantire “più sicurezza” ai cittadini, restringendo le condizioni di accesso, ad es., ai permessi premio, oppure, alla detenzione domiciliare, significa in realtà lanciare una velata accusa alla magistratura competente di non aver saputo ben gestire l’enorme potere discrezionale ad essa affidato, ed affermare che di quel “mal gestito” spazio decisionale deve quindi occuparsi il legislatore.

Ad oggi, infatti, sono state diverse le misure adottate in campo penitenziario che hanno tentato di limitare l’accesso a determinati benefici a talune categorie soggettivamente individuate di condannati (in particolare, come si accennava poc’anzi, ai recidivi reiterati), e la maggior parte di esse sono basate sullo strumento presunzione legale. In base alla l. 251/2005, infatti, coloro che siano stati condannati con l’aggravante della recidiva reiterata:

a) Non possono godere della sospensione dell’ordine di esecuzione della condanna previsto dall’art. 656, c. 5, c.p.p.; per conseguenza, per tali soggetti si profila l’ingresso obbligatorio negli istituti di pena;

b) Non possono fruire, e tale divieto addirittura vale anche per i recidivi semplici, della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter*, c. 01, ord. penit. prevista per i condannati che all’inizio o durante l’esecuzione della pena raggiungano i settant’anni di età;

c) Ai sensi dell’art. 58-*quater*, c. 7-*bis*, ord. penit., non possono fruire delle misure alternative alla detenzione per più di una volta.

⁴⁴⁰ Non va dimenticato che le misure alternative alla detenzione interessano – secondo le statistiche più recenti – quasi 50 mila soggetti (DELLA BELLA, *Il ruolo dell’affidamento in prova*, cit., p. 1495, nt. 13); ogni modifica che le interessa, quindi, anche se limitata ai recidivi reiterati, è comunque destinata ad avere un impatto enorme sul sistema carcerario.

⁴⁴¹ Sul ruolo della magistratura di sorveglianza, spesso “accusata”, come ricordano gli stessi magistrati (FIORENTIN *Cosa resta della pena? La certezza della pena nella fase dell’esecuzione penale* in *Cass. pen.*, 2008, p. 890), di largheggiare nella concessione dei benefici ai detenuti, e sulle concrete difficoltà che gravano su di essa cfr. le bellissime pagine del libro di MARCHESELLI, *Magistrati dietro le sbarre. Farsa e tragedia nella giustizia penale italiana*, Milano, 2009.

Al di là del fatto che il regime penitenziario riservato ai recidivi reiterati è, a dire il vero, ancor più duro di quanto potrebbe apparire, in quanto sussistono numerose altre deroghe alle condizioni ordinarie di accesso ad altri benefici⁴⁴², ciò che preme evidenziare in questa sede è che tali limitazioni entrano chiaramente in tensione con diversi principi costituzionali, primo fra tutti, il principio rieducativo e ancora una volta, in questo ambito come in quello processuale, è stata la Corte costituzionale a dover intervenire per ricondurre l'azione del legislatore entro il perimetro della legalità costituzionale.

Per un verso, infatti, la Corte ha temporalmente limitato l'efficacia retroattiva delle modifiche in esame con riguardo a quei soggetti che – alla data di entrata in vigore della legge – avevano già raggiunto un livello di rieducazione tale da poter beneficiare dell'istituto di favore a cui l'ordinamento penitenziario garantiva l'accesso⁴⁴³: la Corte ha assegnato un peso decisivo, nel senso della dichiarazione di incostituzionalità, al fatto che vi era stata la privazione di un diritto (*recte*: di una ragionevole aspettativa) maturato dal detenuto, che era riconducibile ad un evento (lo *jus superveniens*) del tutto estraneo al percorso riabilitativo intrapreso del detenuto, con conseguente, irragionevole, vanificazione dei risultati da questi raggiunti in termini di riscontri positivi al trattamento rieducativo.

⁴⁴² Cfr. MONTELEONE *Le modifiche*, cit., p. 860; CIPOLLA, *La l. n. 251 del 2005*, cit., p. 1195 ss.

⁴⁴³ Cfr. Corte cost., sent. 79/2007, in *Guida dir.*, 2007, con nota di FIORENTIN, *Benefici ammessi per i recidivi: la Consulta limita i divieti introdotti dalla "ex-Cirielli"*. Pochi mesi prima, peraltro, la Corte aveva affermato un analogo principio con riguardo all'irrigidimento della disciplina dei permessi-premio: cfr. Corte cost. 21 giugno 2006, n. 257, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-*quater* l. 26 luglio 1975, n. 354, introdotto dall'art. 7 della l. 5 dicembre 2005, n. 251, nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso sulla base della normativa previgente nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore della citata legge n. 251 del 2005, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto. Va peraltro rilevato come la Corte, anche in tali sentenze, eviti di prendere posizione sul delicato tema della applicabilità retroattiva delle disposizioni penitenziarie di carattere sfavorevole, le quali, notoriamente (Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, Aloï), sono escluse dalla area di operatività dell'art. 2, comma 4, c.p. Sul punto, cfr. FIORENTIN, *Legge "ex-cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3576 ss.

Per altro verso, la stessa Corte – con una tipica sentenza interpretativa di rigetto – ha poi escluso che il divieto per i recidivi reiterati di accedere alle misure alternative, disposto dall’art. 58-*quater*, c. 7-*bis*, ord. penit., sia valido per chi è stato condannato per la prima volta con l’aggravante della recidiva reiterata⁴⁴⁴. La norma, all’evidenza, si fonda su una presunzione di inefficacia dei trattamenti penitenziari extra-murari che caratterizzerebbe tali soggetti; tuttavia, la Corte corregge l’impostazione del legislatore, ricordando che eventuali presunzioni assolute possono essere costituzionalmente legittime soltanto se “*rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella forma dell’id quod plerumque accidit*”, e cioè se è ragionevole attendersi il verificarsi di un evento del tipo di quelli oggetto della generalizzazione posta dalla legge. Premessa questa considerazione generale, la Corte la declina con riferimento alla materia dei benefici penitenziari, facendo notare che, se si interpreta la norma in esame come preclusiva dell’accesso ai benefici penitenziari *già alla prima applicazione della recidiva reiterata*, la regola di principio appena descritta risulta senz’altro violata, poiché – al contrario di quanto presume la legge – è ragionevole ritenere che il condannato possa ancora rispondere positivamente ad un trattamento penitenziario *extra moenia*. Diverso è, invece, il caso in cui il soggetto *già dichiarato una prima volta recidivo reiterato*, dopo aver fruito di una misura alternativa, commetta un nuovo delitto per il quale viene applicata l’aggravante della recidiva *ex art. 99, c. 4, c.p.*; in questo caso, stante il fatto che si tratta (almeno) del quarto delitto commesso e che il soggetto ha già usufruito di benefici penitenziari, non è arbitraria la pretesa del legislatore che la pena sia eseguita senza accesso a misure alternative, dal momento che tale pretesa si fonda su una prognosi di segno negativo circa la futura condotta del condannato che non appare irragionevole⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ Cfr. Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 291 in <http://www.penalecontemporaneo.it/>.

⁴⁴⁵ Per conseguenza, la Corte pronuncia una decisione di inammissibilità della questione di legittimità sollevata dai ricorrenti, in quanto il giudice *a quo* non ha previamente esperito un tentativo di

6.4. *Un bilancio (poco rassicurante) delle riforme degli ultimi anni* – Rispetto all’ipotesi di lavoro formulata all’inizio del presente capitolo – capire cioè se il diritto penale della sicurezza abbia quale primo “nemico” la discrezionalità giudiziale – vi è obiettivamente da registrare che vi sono alcune circostanze che depongono a favore della fondatezza di questa ipotesi.

In primo luogo, l’estensione *orizzontale* dell’intervento normativo fondato sulle presunzioni: esso tocca infatti gangli decisivi del sistema commisurativo (circostanze attenuanti, giudizio di comparazione, reato continuato, etc.), a cui si aggiungono altri interventi – altrettanto capillari – che vanno ad incidere su nodi fondamentali della materia processuale e penitenziaria.

Ma, soprattutto, indice difficilmente equivocabile della volontà del legislatore di imbrigliare il giudice nel processo di individualizzazione della pena è l’estensione *verticale* degli interventi sopra esaminato, che è resa ben evidente dall’inedita analiticità che si registra rispetto a talune modifiche. Si pensi, ad es., alla nuova disciplina dell’art. 62-*bis* c.p. nella parte in cui vieta, come visto, di concedere le attenuanti generiche in ragione della sola incesuratezza dell’imputato: questa norma, infatti, assume le nitide sembianze di una risposta *normativa* ad una censurata prassi *giurisprudenziale* di cui vi sono rari esempi nella storia delle riforme penali. Si assume infatti quale modello da correggere uno schema motivazionale radicatissimo nella prassi giurisprudenziale, ritenuto sintomatico di un “eccesso di clemenzialismo” da parte della stessa giurisprudenza, e se ne vieta ai giudici l’utilizzo.

In base a tali considerazioni, diviene ragionevole affermare che non si tratta più di una mera “intrusione” in un ambito di discrezionale per sua natura destinato ad essere maneggiato dal giudice, ma di una vera *usurpazione* dei poteri discrezionali di quest’ultimo da parte del legislatore che, mediante lo

interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione in esame idonea a superare i dubbi di costituzionalità.

strumento della presunzione legale, diviene esso stesso giudice del caso concreto.

Ma va chiaramente detto che il problema della eccessiva discrezionalità giudiziale, denunciata dalla dottrina fin dai tempi della riforma del 1974 (riforma che di tale situazione è tra le maggiori responsabili), non può affatto essere risolto portando il sistema penale da un eccesso di discrezionalità alla totale assenza di essa, poiché, se errata è stata, come più volte sottolineato, la strada intrapresa nel 1974, altrettanto errata, come dimostra il considerevole numero di interventi demolitori della Corte costituzionale, è l'opposta strada voluta dal legislatore di questi ultimi dieci anni, poiché non solo quest'ultimo ha ridotto in modo abnorme lo spazio di discrezionalità del giudice, che pure è essenziale per il corretto funzionamento del sistema, ma ha per di più indirizzato questa tendenza ad una sola categoria di soggetti, e cioè i recidivi reiterati. La soluzione alla delicata problematica in esame va trovata altrove, con altri strumenti e con altri mezzi, a partire da una generalizzata riforma del sistema delle comminatorie edittali di pena.

7. CONCLUSIONI: LA RIFONDAZIONE DELLA COMMINATORIA EDITTALE QUALE PRESUPPOSTO INELUDIBILE PER UN NUOVO SISTEMA SANZIONATORIO

7.1 Sintesi dell'indagine svolta e dei risultati ottenuti – Giunti al termine dell'esposizione critica e cronologica dell'evoluzione (e dell'involuzione) della comminatoria edittale di pena, è opportuno tentare di riannodare i fili del discorso e di tracciare, quindi, una mappa dei problemi emersi durante l'indagine che possa poi costituire la base per l'elaborazione di un progetto di soluzione.

Nella prima parte dell'indagine⁴⁴⁶, si è tentato di verificare quali fossero i tratti fondamentali e costitutivi delle comminatorie legali di pena, quale fosse il ruolo che, nell'originario impianto codicistico, era stato ad esse affidato dal legislatore ed in che misura queste fossero idonee assolvere a tale ruolo. Il quadro che ne è uscito è apparso particolarmente chiaro: il legislatore del 1930 – in considerazione della sua aspirazione autoritaria e del fatto che non aveva potuto intaccare i fondamenti liberali del diritto penale classico – aveva puntato tutto proprio sull'efficacia deterrente delle rigide scelte edittali. Per far ciò, accanto alla (re-)introduzione della pena di morte, il legislatore storico aveva operato un innalzamento dei limiti generali delle comminatorie edittali sia per i delitti sia per le contravvenzioni, ed aveva poi rivisitato le singole fattispecie di parte speciale, elevando le pene comminate rispetto alle opzioni del codice Zanardelli. La tenuta di tale sistema era poi rafforzata da due ulteriori fattori: *a)* il codice di procedura penale non prevedeva alcuna diminuzione della pena in ragione delle scelte processuali compiute dall'imputato; *b)* non erano consentite riduzioni di pena per motivi connessi alla buona condotta del detenuto o a positivi miglioramenti del suo percorso rieducativo, che non erano minimamente presi in considerazione dalla

⁴⁴⁶ Cfr., *supra*, par.

legislazione penitenziaria vigente all'epoca. L'originario assetto delle comminatorie edittali, dunque, riponeva una grande fiducia nell'intimidazione generale come fine primario della pena ed era caratterizzato dalla tendenziale vicinanza tra la pena minacciata dal legislatore e quella concretamente eseguita dal condannato.

Un simile impianto sanzionatorio, però, sia per l'avvento della Carta costituzionale, sia per l'esplosione della criminalità (di ogni genere e tipo) verificatasi a partire dall'inizio degli anni '70, era destinato a non reggere. Di qui, il convulso susseguirsi di continue riforme della materia penale, processuale e penitenziaria che ha avuto quale effetto quello di estendere in misura sempre più problematica lo iato (in parte già presente nello stesso impianto codicistico, e dovuto soprattutto alla presenza delle circostanze del reato ed alla possibilità di bilanciamento tra le stesse) tra pena *legale* e pena *reale* che ha determinato una profonda crisi del sistema penale, di cui la totale assenza di credibilità delle comminatorie di pena è forse il simbolo più evidente.

Dinnanzi alla sensazione di totale ingovernabilità della situazione attuale e alle crescenti domande di giustizia provenienti da un'opinione pubblica frustrata da un diffuso senso di impunità, soprattutto in riferimento alla criminalità da strada, e alimentata nelle sue paure più istintuali da una pervasiva azione massmediatica di enfattizzazione dei casi di cronaca nera, era inevitabile che un forte vento riformatore tornasse a soffiare sul sistema sanzionatorio, nel tentativo di restituire a quest'ultimo una maggiore credibilità ed efficienza nella lotta alla criminalità. Si è però visto che questo nuovo corso ha, in realtà, trasmodato in un'usurpazione del ruolo costituzionalmente riservato ai giudici – considerati primi responsabili della situazione di crisi del sistema – attuata mediante un uso a largo raggio delle presunzioni legali che, ospiti ontologicamente scomode del sistema penale, sono tornate problematicamente in auge quale (illusoria) panacea di ogni male del sistema. Si è così assistito al marcato giro di vite che ha interessato i

recidivi reiterati, gli immigrati irregolari, gli autori di delitti sessuali e diverse altre categorie di soggetti sui quali si è scaricato il peso del “nuovo” diritto penale.

Queste modifiche sono consistite in un gravoso aumento del carico sanzionatorio previsto per i delitti commessi da tali soggetti, attuato talora *in positivo* – cioè mediante l’introduzione di apposite fattispecie incriminatrici o di circostanze aggravanti – talaltra *in negativo*, cioè operando una restrizione delle possibilità per il giudice di scendere al di sotto di un livello minimo di carico sanzionatorio (limiti al bilanciamento, riduzione dell’ambito di operatività delle attenuanti generiche, aumenti minimi di pena in caso di concorso formale e reato continuato, etc.).

Tuttavia, se da un lato l’obiettivo di ridurre la discrezionalità giudiziale era oltremodo condivisibile ed auspicabile, decisamente meno è il mezzo utilizzato dal legislatore per conseguirlo e cioè il ricorso alle presunzioni legali. Molte di esse, infatti, giustamente definite “*la realizzazione irragionevole di un’istanza condivisa*”⁴⁴⁷, hanno incontrato il severo giudizio critico della dottrina e, soprattutto, della Corte costituzionale che ne ha dichiarato in più occasioni l’illegittimità, riportando quindi a somma zero lo stato dei “progressi” della legislazione penale, e lasciando in eredità soltanto una folta schiera di problemi interpretativi e di diritto intertemporale.

La strada che il legislatore si è determinato a percorrere, pertanto, non appare condivisibile ed appare irrimediabilmente destinata a provocare soltanto guasti al sistema penale, accrescendone il già alto tasso di ingiustizia ed inefficienza. La reale volontà di riforma del sistema sanzionatorio e, per tale via, di quello penale, non può passare attraverso l’usurpazione dei poteri decisionali che, per natura, appartengono al giudice da parte del legislatore, ma deve vedere quest’ultimo impegnato nel fornire al primo criteri più sicuri

⁴⁴⁷ La felice espressione è ripresa da GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex-Cirielli: l’evoluzione del testo e del suo contesto*, in GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale*, Milano, 2006, p. 13.

ed effettivi che lo guidino nell'opera di continuazione⁴⁴⁸ della volontà del legislatore come obiettivatasi nella legge.

7.2. *Note de jure condendo: la previsione di fasce edittali di gravità* – Venendo ora alle possibili soluzioni che potrebbero prospettarsi nella (orami chimerica) eventualità di una riforma globale del codice penale, occorre svolgere preliminarmente alcune riflessioni.

I problemi che affliggono il sistema delle comminatorie edittali – ma sarebbe meglio dire la “galassia” delle comminatorie edittali, in quanto il termine “sistema” presuppone che gli elementi costitutivi dello stesso rispondano ad una qualche logica, cosa invece del tutto assente nelle comminatorie – hanno, in realtà, una duplice origine: la prima è la scarsa capacità contenitiva delle attuali comminatorie edittali rispetto all'attività di commisurazione della pena da parte del giudice; la seconda, ed assai più importante, pur nel sostanziale oblio che la caratterizza, quella che più attiene all'indagine in esame, ed è rappresentata dall'assenza di strumenti che possano in qualche modo contenere la discrezionalità del legislatore nel prevedere le comminatorie edittali. Ci si rende ben conto che si tratta di un'affermazione che può, *prima facie*, sollevare alcune perplessità, ma si ritiene che queste ultime, una volta chiarito il contenuto della proposta di contenere la discrezionalità del legislatore, siano del tutto superabili.

Soprattutto alla luce dello studio effettuato sull'implementazione dei principi costituzionali in materia di pena da parte della Corte costituzionale, dovrebbe infatti ritenersi assodato che, oggi, la comminatoria edittale di pena *non è più una zona franca in cui il legislatore può agire in spregio delle regole costituzionali e, soprattutto, in violazione del canone di uguaglianza/ragionevolezza*. In più occasioni la Corte, pur con i limiti

⁴⁴⁸ BRICOLA, *Il codice Rocco cinquant'anni dopo. Considerazioni introduttive*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 10 ss.

oggettivi che il suo sindacato incontra in materia penale, e compatibilmente la sua naturale ritrosia ad incidere sulle scelte sanzionatorie operate in via generale ed astratta dal legislatore, ha chiarito che le comminatorie di pena non possono essere né sproporzionatamente punitive nei confronti del reo, né eccessivamente indulgenti nei confronti dello stesso, in presenza di altre norme che sanzionano condotte analoghe con pene più elevate; inoltre, la pena legalmente minacciata partecipa a pieno titolo alla realizzazione dell'istanza rieducativa della pena e dunque il legislatore non può prevedere trattamenti edittali così elevati da oltrepassare la soglia della colpevolezza propria delle modalità di realizzazione dell'illecito statisticamente più frequenti, pregiudicando in tal modo qualunque possibilità per il reo di percepire come giusta la pena minacciata e quindi di intraprendere un serio percorso di recupero sociale, senza dimenticare che il legislatore ha il dovere di rispettare il principio di precisione nel determinare i quadri edittali di pena e non può quindi prevedere cornici edittali di pena troppo distanziati tra il minimo ed il massimo.

Le considerazioni che precedono, pur esplicitamente avallate dalla giurisprudenza costituzionale, nell'attuale sistema delle comminatorie edittali sono però completamente disattese. Sull'onda delle ragioni più disparate (dalla necessità di placare la "pancia" degli elettori, all'opposto tentativo di allontanare lo spettro del carcere per i reati dei colletti bianchi), ma, il più delle volte, senza nemmeno avere uno specifico obiettivo guida, il legislatore (anche quello del 1930) ha previsto e prevede tuttora cornici edittali del tutto sganciate da una logica generale comune, e spesso frutto di condizionamenti dovuti allo specifico settore di tutela che in un dato momento storico viene in rilievo. Ciò ha condotto ad avere un sistema all'interno del quale, paradossalmente, il massimo edittale del furto pluriaggravato è superiore al massimo edittale previsto per le lesioni dolose gravi. Il risultato di questa situazione, come ampiamente dimostrato dall'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di comminatorie astratte di pena e dalla ricognizione

ragionata delle previsioni edittali in materia di libertà personale, è un sistema caratterizzato da una *diffusa e pervasiva violazione del principio di ragionevolezza*, e del tutto incapace di orientare il comune cittadino circa l'importanza dei valori tutelati dall'ordinamento penale. È noto, infatti, che quest'ultimo compito può efficacemente essere svolto soprattutto attraverso la comminatoria legale della pena, in quanto si tratta dello strumento più direttamente conoscibile e, soprattutto, comprensibile da parte dei consociati; Il primo obiettivo di riforma delle comminatorie edittali di pena, quindi, è quello di individuare un criterio che – prima ancora di limitare la discrezionalità giudiziale – limiti (*rectius*: guidi) quella del legislatore.

Venendo ora alle modalità operative con cui tale esigenza potrebbe essere soddisfatta, si deve in primo luogo evidenziare come essa sia stata del tutto trascurata dal vigente codice penale. Del resto, non poteva essere diversamente: in assenza di un orizzonte costituzionalmente vincolato, l'unica esigenza concreta cui avere riguardo era il contenimento dell'arbitrio del *giudice*, giammai quello del *legislatore*, il quale poteva infatti corredare (ed ha in effetti corredato) i precetti penali con le comminatorie di pena in quel momento ritenute più idonee, senza che ciò potesse incontrare alcun tipo di censura da parte di altro organo della Stato. In presenza di una Carta costituzionale e di una serie di principi fondamentali al cui rispetto è indiscutibilmente anche il legislatore simile impostazione non è più attuabile e, dunque, un sistema come quello attuale per cui vi è un limite minimo di quindici giorni ed uno massimo di ventiquattro anni è ragionevolmente da abbandonare: si tratta infatti di un criterio destinato a non fornire – data la sua estrema ampiezza – alcun contributo utile che lascia la materia della comminatoria edittale al totale arbitrio del legislatore.

Chiarito che non può ritenersi soddisfacente il modello adottato dal legislatore fino ad oggi, e conclusa cioè la *pars destruens*, si tratta ora di abbozzare *in positivo* quali correttivi possono essere adottati al fine di sistematizzare la materia delle cornici edittali. Sotto questo profilo, si deve

ritenere che il fulcro centrale di un nuovo e più razionale sistema sanzionatorio sia rappresentato dalla *suddivisione, da effettuarsi nella parte generale del codice, della pena detentiva in più classi di gravità* all'interno delle quali il legislatore deve poi allocare i singoli delitti in base all'omogeneità sostanziale dei beni giuridici da questi tutelati e alle relative modalità di aggressione⁴⁴⁹. Naturalmente, questo progetto di ristrutturazione delle comminatorie edittali è, così espresso, un'idea ancora vaga ed informe; per darvi concretezza, è opportuno procedere ad una descrizione più dettagliata.

In linea di principio, la *prima classe di gravità* potrebbe prevedere un minimo edittale identico all'attuale ed estendersi fino ad un massimo di tre anni di reclusione; la scelta di individuare quale limite superiore tre anni non è, all'evidenza, casuale. Essa risponde infatti all'esigenza di riallineare il codice penale alle scelte in materia di libertà personale operate dal legislatore processuale, in quanto per tutti i delitti puniti con una pena non superiore a tre anni non è ad oggi possibile l'adozione di misure cautelari personali, nonché a quelle operate dal'ordinamento penitenziario, in quanto tre anni è il limite massimo di pena (inflitta o residua) che consente l'espiazione della pena in regime alternativo al carcere. Ciò detto, diviene evidente che in tale categoria non può che rientrare tutta quella serie di condotte caratterizzate da una offensività particolarmente ridotta, per cui la stessa sottoposizione a processo, la possibilità di essere destinatari di misure cautelari reali e l'inflizione di una pena "in potenza" (cioè condizionalmente sospesa) o comunque non carceraria

⁴⁴⁹ In questo senso si muove, del tutto condivisibilmente, il progetto Grosso. Cfr. la *Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale*, in GROSSO (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, Padova, 2000, p. 52-53 dove si ipotizza – in caso di non accoglimento del criterio della strutturazione in fasce di gravità delle comminatorie – la previsione di un rapporto di proporzione tra minimo e massimo edittale tale per cui, ad es., il massimo non può superare il triplo del minimo. Peraltro, il progetto sembra accogliere un'idea di suddivisione in classe che potrebbe forse ritenersi eccessiva nella parte in cui prevede una pluralità di fasce edittali particolarmente ravvicinate tra di loro (ad es., da due a quattro, da tre a cinque, da sei a otto, etc.). Nella direzione di una suddivisione in classi di gravità delle pene si muove anche il codice spagnolo il quale (art. 33 c.p. spagnolo) classifica le pene in gravi, meno gravi e lievi : sul punto, cfr. QUINTERO OLIVARES, *Il codice penale spagnolo del 1995*, in *Il codice penale spagnolo*, trad. it., 1997, p. 10. L'idea della suddivisione in fasce è presente, ancorché con varie differenze, anche nella riforma del *sentencing* nordamericano: sul punto, MANNOZZI, *Razionalità e "giustizia" nella commisurazione della pena*, Padova, 1996; VON HIRSH – ASHWORTH, *Proportionate sentencing: exploring the principles*, Oxford, 2005.

(misure alternative), costituiscono una sanzione sufficiente e proporzionata⁴⁵⁰. In tale categoria rientrerebbero quindi tutte le contravvenzioni e tutti quei delitti che si caratterizzano per la lesione di beni giuridici di carattere esclusivamente economico connotati da note modali della condotta tali da far ritenere di fatto inutile e sproporzionata l'inflizione di pene detentive.

La strutturazione della *seconda classe di gravità edittale*, invece, è senz'altro più complessa. Essa – in linea di principio – potrebbe andare dai tre ai dodici anni di reclusione, ma le maggiori difficoltà non risiedono nella determinazione dei suoi limiti minimi e massimi, bensì nella individuazione dei delitti che dovrebbero comporla. In primo luogo, non sembra seriamente revocabile in dubbio che la precedente fascia di gravità sia inadeguata a contenere tutti i delitti contro il patrimonio, dovendo alcuni di essi, per la loro oggettiva gravità, rientrare in questa seconda fascia. In particolare, si fa riferimento ai delitti commessi con *violenza alle persone*, quelli caratterizzati da *particolari modalità della condotta* (furto in abitazione, con strappo, con destrezza, etc.) o che cagionano un *danno patrimoniale di rilevante entità* (che il legislatore ha però il dovere di quantificare, al pari di quanto è avvenuto con le soglie di non punibilità previste in materia di false comunicazioni sociali e in materia tributaria, anche in quanto non introdurre un criterio sicuro per l'interprete significherebbe riportare amplissime incertezze nella distinzione tra la prima e la seconda classe), i delitti di omicidio colposo e preterintenzionale, le lesioni personali, i delitti contro la libertà personale,

⁴⁵⁰ Peraltro, sarebbe opportuno prevedere per tutti i delitti rientranti in questa fascia anche la pena della multa, che dovrebbe essere resa più efficace attraverso la sua previsione in via concorrente e non alternativa alla reclusione e soprattutto dalla sua esclusione – già auspicata in dottrina (MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 599) – dal novero delle pene condizionalmente sospensibili, come del resto già avviene in altri ordinamenti (cfr., ad es., il par. 56 StGB; per un'ampia rassegna delle soluzioni emerse nella prassi internazionale sulla spendibilità della pena pecuniaria cfr DOLCINI, *La riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, p. 823 ss). Lo stesso andrebbe poi fatto – con le medesime modalità – rispetto ai delitti rientranti nella seconda fascia di gravità, mentre questa opzione sembra doversi escludere con riguardo ai delitti allocati all'interno della terza fascia, la cui gravità li rende oggettivamente incompatibili con la comminazione di una pena pecuniaria.

contro l'ordine pubblico (ad es.: associazione per delinquere), i delitti colposi di comune pericolo, nonché i delitti di falso.

Nella terza e ultima *classe di gravità* andrebbero invece collocati i delitti di più spiccata gravità (ad es.: strage, terrorismo, omicidio doloso) ed essa dovrebbe estendersi dai dodici ai ventiquattro anni; le forme più gravi di tali delitti (si pensi alla strage in cui si cagiona la morte di almeno una persona) andrebbero poi punite mediante la comminazione della pena dell'ergastolo che rappresenterebbe una sorta di (limitatissima) fascia "di chiusura" del sistema cui, per esigenze di salvaguardia del ruolo di prevenzione generale del sistema, non è opportuno rinunciare.

Il sistema così abbozzato, naturalmente, non è in grado di arginare i possibili abusi del legislatore, non fosse altro perché, essendo un criterio legislativo generale, il legislatore potrebbe discostarsene in ogni momento. Vi è però da dire che, fissando parametri generali sufficientemente precisi, si potrebbe ottenere un triplice vantaggio: in primo luogo, il sistema delle comminatorie godrebbe di un minimo di razionalità intrinseca, così evitando di avere quadri edittali la cui genesi risponde al solo criterio rappresentato dall'oscura ed imperscrutabile volontà del legislatore storico; in secondo luogo, si otterrebbe il risultato di riempire di un qualche contenuto il parametro costituzionale – per sua natura indefinito – della ragionevolezza che ad oggi è paralizzato dall'evidente e fondato timore della Corte costituzionale di invadere la sfera delle prerogative del legislatore; in questo modo, si potrebbe evitare, ad esempio, che il legislatore commini sanzioni draconiane in materia di fecondazione assistita (le cui previsioni incriminatrici sarebbero tutte da ricondurre nella prima o al limite nella seconda fascia), che ad oggi sono simili a quelle previste in materia di terrorismo internazionale (che nel sistema qui ipotizzato andrebbero invece collocarsi nella terza fascia); ma soprattutto, il notevole vantaggio di tale sistema risiederebbe nello stimolo al legislatore a prendere una posizione più ponderata all'atto di strutturare una fattispecie incriminatrice.

Quest'ultimo punto, ad avviso di chi scrive, è decisivo per comprendere l'importanza della rifondazione del sistema edittale.

Si pensi a cosa accade oggi con riguardo al delitto di violenza sessuale. Abbiamo ricordato in precedenza⁴⁵¹ l'enorme ampiezza del suo ambito oggettivo; orbene, per quale ragione il legislatore ha potuto evitare di affrontare la spinosa questione di distinguere le gravi forme di violenza sessuale che realmente meritano una risposta effettiva da parte dell'ordinamento rispetto al bacio rubato dal bidello alla ragazza minorenni?

La risposta va trovata proprio nella valvola di sicurezza che la totale libertà di cui il legislatore gode nello strutturare la comminatoria di pena. Infatti, se si prevede, da un lato, una pena rigorosa da cinque a dieci anni di reclusione e, dall'altro, la possibilità di ridurre quella stessa pena fino a due terzi per i "casi di minore gravità", in realtà non si sta facendo altro che trasferire il peso politico delle opzioni sanzionatorie (peraltro in un settore, quale quello della libertà sessuale, particolarmente delicato) dalle aule parlamentari alle aule di giustizia. Se il legislatore avesse invece dovuto decidere tra il collocare il reato di violenza sessuale nella prima o nella seconda delle fasce da noi ipotizzate, avrebbe necessariamente dovuto compiere una scelta precisa; avrebbe cioè dovuto sforzarsi di individuare quali – tra gli atti sessuali che si costringe taluno a compiere o subire – devono andare incontro ad una scelta sanzionatoria severa ed adeguata (seconda classe), e quali invece possono ricevere una sanzione più mite (prima classe), e non avrebbe potuto celarsi dietro un criticabile cerchiobottismo legislativo. In questo modo, l'eventuale reazione "sdegnata" da parte della pubblica opinione davanti ad un trattamento sanzionatorio ritenuto troppo mite per talune condotte qualificate come "violenza sessuale" avrebbe quale destinatario non il malcapitato giudice di turno, ma la classe politica che si era assunta la responsabilità di aver collocato quella condotta nella fascia di minore gravità. Certo, è puramente illusorio ritenere che basti accedere ad un ordinato sistema

⁴⁵¹ Cfr., *supra*, par. 5.4.

di comminatorie edittali per risolvere i diffusi problemi interpretativi che graverebbero comunque sull'interprete, specie in materia particolarmente delicate e sensibili come la libertà sessuale; tuttavia, sembra ragionevole ipotizzare che questo sistema introdurrebbe apprezzabili elementi di responsabilizzazione del legislatore penale.

Così impostata la problematica relativa alla necessità di delimitare la scelta edittale del legislatore, è ora necessario tentare di capire come possa essere risolta quella, altrettanto spinosa, della discrezionalità giudiziale. Anche in questo ambito, che tratteremo, per così dire, in negativo, limitandoci – visto l'oggetto della presente indagine – a ciò che serve per *contenere* l'area discrezionalità, occorre prima individuare quale sono i punti di maggiore criticità del sistema.

In primo luogo, bisogna ricordare che l'eccessiva ampiezza delle cornici edittali di pena è in realtà dovuta non solo all'effettiva distanza che separa il minimo ed il massimo; nel nostro ordinamento, infatti, già dal codice Zanardelli, i limiti edittali possono essere infranti da un fitta rete di circostanze aggravanti e attenuanti comuni, alle quali si affiancano una pluralità di circostanze speciali, spesso ad effetto speciale, che sistematicamente alternano la scelta sanzionatoria fatta propria dal legislatore. Orbene, sembra in verità difficile non rilevare come la distorsione che le circostanze operano sulla logica delle comminatorie edittali di pena sia particolarmente rilevante; a parte la considerazione che, ad oggi, legislatore, giurisprudenza e dottrina sono ancora debitori di una risposta circa l'annoso ed irrisolto problema dell'assenza di un qualsivoglia criterio atto a discernere tra circostanze del reato ed elementi essenziali del reato, con pesantissime ricadute in termini di certezza del diritto e della pena, la domanda centrale cui diviene decisivo dare una risposta è se, in un sistema di comminatorie strutturato come quello che qui si ipotizzi, *sia davvero utile la stessa presenza delle circostanze del reato*.

Se infatti ci si interroga sulla funzione delle circostanze del reato all'interno di un sistema penale, la risposta che viene comunemente fornita è

che, in presenza di particolari note modali della condotta e caratteristiche oggettive dell'evento, è opportuno modulare la pena da infliggere al reo *aumentandola* o *diminuendola*, a seconda del caso di specie; la previsione delle circostanze del reato sembra quindi reggersi su una sorta di presunzione di insufficienza delle risorse edittali nel soddisfacimento delle esigenze di individualizzazione della pena. A ben vedere, però, questa spiegazione circa la necessità di prevedere uno strumento di adeguamento della pena al caso concreto ha un sapore vagamente tralatizio, e la presunzione che sembra sostenere tale necessità non risulta tenere nella dovuta considerazione il ruolo che – nella prassi – hanno poi effettivamente assunto gli elementi accidentali del reato.

Infatti, è un dato di comune esperienza che, mentre risulta assai frequente che le circostanze attenuanti vengano utilizzate per determinare la pena da infliggere in concreto *al di sotto* dei minimi edittali, quasi mai accade il contrario, e cioè che il giudice faccia ricorso alle circostanze aggravanti per determinare la pena *al di sopra* del massimo edittale. Questo dato sta verosimilmente a significare almeno due cose: la prima è che, se si ricorre ad un ampio uso delle circostanze attenuanti per abbattere i minimi edittali, ciò significa che questi ultimi sono troppo elevati e devono quindi essere ripensati (la suddivisione in classi di gravità, indirizzando il legislatore verso un uso più ragionato della pena edittale, andrebbe in questo senso); la seconda è che le risorse edittali a disposizione del giudice per individualizzare la pena, mentre sono sufficienti per sanzionare adeguatamente le condotte caratterizzate da una maggiore gravità oggettiva e soggettiva, risultano invece insufficienti nell'ipotesi inversa. Tenendo in debita considerazione quanto appena rilevato, si deve quindi apportare un correttivo alla presunzione tradizionale circa l'insufficienza delle risorse edittali, poiché in realtà quest'ultima sussiste esclusivamente, o comunque in larghissima misura, solo con riguardo ad esigenze di individualizzazione della pena verso il basso.

Ciò posto, sembra dunque lecito sollevare alcune perplessità in ordine alla conservazione – una volta dotato il sistema delle comminatorie edittali di una propria razionalità – la categoria delle circostanze aggravanti del reato⁴⁵². Un sistema di comminatorie edittali razionalmente strutturato, infatti, è perfettamente in grado di attendere alle esigenze costituzionali di individualizzazione della pena, e si pone al limite il problema di conservare – nello strumentario commisurativo a disposizione del giudice – una leva (che comunque non potrà che essere rigorosamente tipizzata dal legislatore, e non già indefinita⁴⁵³) che consenta a quest’ultimo di evitare l’inflizione di pene troppo elevate che contrastino con il comune senso di giustizia; senza considerare, poi, che l’abolizione delle circostanze aggravanti eliminerebbe in radice i problemi connessi al giudizio di comparazione (a tutt’oggi affidato al solo senso di giustizia del singolo magistrato), le difficoltà connesse alla distinzione tra elementi accidentali ed elementi essenziali del reato e, non da ultimo, darebbe un importante contributo al tentativo di garantire la certezza del diritto, poiché consentirebbe ad ogni individuo di conoscere *immediatamente*, e senza incertezze, il limite massimo di pena previsto per il fatto di reato oggetto dell’addebito a suo carico⁴⁵⁴.

⁴⁵² Si schiera a favore dell’abolizione delle circostanze del reato AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato*, cit., p. 2840 ss. il quale non manca di evidenziare che tale tesi è già stata sostenuta anche da altre autorevoli voci dottrinali. Peraltro, la soluzione dell’abolizione *tout-court* appare, in verità, troppo drastica. storicamente, la previsione delle circostanze del reato era funzionale a garantire al giudice un criterio utile per la commisurazione della pena in concreto esclusivamente *entro i limiti edittali di pena*; esse assolvevano, cioè, la funzione che nel nostro codice è oggi svolta dall’art. 133. La comparsa delle circostanze c.d. proprie – in funzione quindi di adeguamento della pena *al di fuori* dei limiti edittali – è inizialmente riferita alle sole circostanze attenuanti, mentre è soltanto con il codice Rocco che vengono previste le circostanze aggravanti comuni in funzione extra edittale. Sul punto, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 389. Per una ampia ed approfondita analisi delle circostanze del reato cfr. MELCHIONDA, *Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, *passim*.

⁴⁵³ Pur ritenendo di doverle mantenere nell’ordinamento, ritiene comunque che andrebbero abolite le circostanze c.d. indefinite, sia aggravanti (perché violano la legalità penale) sia attenuanti (perché minano la certezza del diritto) il progetto Pagliaro. Cfr., sul punto, lo schema di disegno di legge-delega al Governo, in PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale*, Padova, 1993, p. 17-18.

⁴⁵⁴ Può dirsi infatti correttamente assolto questo fondamentale compito nei casi in cui il legislatore, in materia di stupefacenti (art. 80 d.P.R. 309/1990), prospetta un aggravamento della pena base “*dalla metà a due terzi*” per i casi in cui “*il fatto riguarda ingenti quantità di sostanze stupefacenti o psicotrope*”? E lo è in materia di detenzione di materiale pedopornografico, allorchando si prevede (art. 600-*quater*, c. 2, c.p.) che la pena base sia aumentata “*in misura non eccedente i due terzi*” nel caso in cui il materiale detenuto sia “*di ingente quantità*”? La risposta si ritiene debba essere negativa.

Restituita in tal modo una forte centralità alla comminatoria edittale, e così meglio contenuta la discrezionalità giudiziale, possono peraltro essere elaborate ulteriori soluzioni che ben possono rappresentare elementi di razionalizzazione dell'attività commisurativa del giudice.

In primo luogo, appare indispensabile introdurre una norma che indichi al giudice la base di calcolo per la determinazione in concreto della pena.

È noto come la giurisprudenza⁴⁵⁵ ritenga che il punto di partenza per la commisurazione della pena deve essere il minimo edittale e sono altresì note, e agevolmente intuibili, le ragioni di siffatta presa di posizione, essenzialmente riconducibili ad una impellente esigenza di mitigare gli eccessi edittali propri del vigente codice. Orbene, appare in verità abbastanza criticabile che un criterio di indirizzo dell'attività commisurativa del giudice fondamentale, come quello in esame, sia stato dato dalla giurisprudenza, e non dal legislatore; si tratta di una lacuna cui il nuovo codificatore dovrebbe senz'altro porre rimedio.

Peraltro, riformato il sistema edittale nel senso qui auspicato, diviene evidente che questa esigenza è destinata a venire meno e sul punto da cui la commisurazione giudiziale dovrà necessariamente prendere avvio è oltremodo auspicabile che il legislatore interrompa il suo silenzio. E su questa tematica, è senz'altro opportuno richiamare qui quanto già sostenuto da un'autorevole dottrina⁴⁵⁶ secondo cui il giudice dovrebbe partire dalla pena che risulta dalla media tra il minimo ed il massimo, e dovrà poi esplicitare le ragioni che lo

A parte il fatto – che non può non creare perplessità – che un aumento di pena fino a dieci anni venga in concreto ad essere rimesso al singolo magistrato (cfr., l'art. 80 d.P.R. 309/90), va infatti considerato che in tal modo il legislatore proietta gravissime incertezze sulla stessa possibilità o meno di limitare la libertà personale dell'imputato. Si prenda ad esempio proprio l'art. 600-*quater* c.p.: a differenza dell'art. 80 d.P.R. cit., in cui l'aggravante *ivi* prevista incide “solo” sulla determinazione finale della pena, in questo caso dal riconoscimento o meno di essa dipende l'adottabilità di misure cautelari personali, con la conseguenza che la restrizione della libertà personale viene a dipendere dalla valutazione soggettiva del singolo magistrato. Sulle problematiche sollevate dalle circostanze c.d. indefinite cfr. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1964, p. 1019 il quale, al termine della propria indagine, esprime critiche all'utilizzo delle *aggravanti* indefinite, mentre ritiene “rispondenti alla esigenza di legalità costituzionalmente espressa [...] e alla logica delle circostanze” le attenuanti indefinite.

⁴⁵⁵ Cfr., tra le più recenti, Cass., sez. VI, 12 giugno 2008, n. 35346.

⁴⁵⁶ MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 599.

hanno condotto a determinare la pena verso il limite edittale superiore o inferiore. Questa prospettiva appare senz'altro meritevole di essere accolta in un ipotetico progetto di riforma del codice penale, perché si tratta di un punto decisivo circa la tenuta del sistema penale e dei corretti rapporti tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale. La sistematica assunzione del minimo edittale quale punto di avvio per la determinazione in concreto della pena, infatti, rischia, da un lato, di porre il giudice in una posizione di aprioristico favore nei confronti dell'imputato e, dall'altro, di corrodere alla base la scelta sanzionatoria di fondo compiuta da legislatore, operando una sorta di "schiacciamento" della classe di gravità superiore su quella inferiore, ed alterando così l'impianto di razionalità garantito dal sistema di comminatorie per classi di gravità.

Inoltre, come ampiamente mostrato quando si è affrontato il tema dell'incidenza sulla comminatoria di pena dei riti alternativi e della legislazione penitenziaria, risulta evidente che deve essere senz'altro contenuta la spinta verso il basso che, sui quadri edittali, provengono dai due settori della materia penale appena indicati. Quanto al profilo processuale, non si ritiene che – in un'ottica di razionalizzazione del sistema sanzionatorio – si possa prescindere da un serio ridimensionamento del ruolo giocato dai riti alternativi, poiché la loro pervasività si trasforma in un'ipoteca permanente su ogni scelta punitiva del legislatore, alterandone la razionalità. Per questi motivi, va accolta con grande favore la notizia dell'approvazione di un recente disegno di legge che vieta l'applicabilità del rito abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo. Del pari, non sembra possibile prescindere sia da una razionalizzazione degli istituti penitenziari⁴⁵⁷, sia da una loro riforma ispirata sì a logiche di tipo premiale, ma caratterizzate da un effettivo contenuto

⁴⁵⁷ GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.

special-preventivo, che certo può comprendere anche un irrigidimento della disciplina legale⁴⁵⁸.

In definitiva, nessuno può onestamente dire, oggi, se e quando il legislatore deciderà di porre mano ad un codice penale, che ormai veleggia verso gli ottantuno anni di vita in una condizione di vetustà e di crisi che appaiono non più reversibili. È altrettanto vero, però, che la parola crisi, come insegna la sua stessa etimologia greca, significa *opportunità* e l'auspicio è che, quando il legislatore responsabilmente si determinerà a coglierla, possa trovare nell'opera di ricerca teorica sostegni validi e chiari – anche se senz'altro imperfetti – alle sue non facili scelte.

⁴⁵⁸ Tale irrigidimento, naturalmente, deve sempre trovare un limite nella ragionevolezza della presunzione su cui si fonda: il detenuto si deve cioè trovare in una condizione personale tale per cui è ragionevole attendersi che le misure alternative alla detenzione non avranno effetto, come ha correttamente ricordato la Corte costituzionale (sul punto, cfr., *supra*, par. 6.3).

Riferimenti bibliografici

AA. VV., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (c.d. "pacchetto sicurezza)*, SPANGHER (a cura di), Milano 2001.

AA. VV., *Sequestro di persona: nuove circostanze aggravanti e attenuanti*, in CORBETTA – DELLA BELLA – GATTA (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano, 2009, p. 135 ss.

AA. VV., *La televisione del crimine*, in FORTI – BERTOLINO (a cura di), Milano, 2005.

AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2815 ss.

AGRÒ, *Sub art. 3*, in BARBERA – AGRÒ – ROMAGNOLI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Bologna, 1974, p. 156 ss.

ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in ROMANO – STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, p. 43 ss.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

ARIOLLI, *Il delitto di oltraggio tra principio di ragionevolezza e finalità rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 29 ss.

BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Armani G. (ed. a cura di), Garzanti, 2003.

BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso ruolo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005.

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1964, p. 1019.

BRICOLA, *Il codice Rocco cinquant'anni dopo. Considerazioni introduttive*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 10 ss.

BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto sostanziale*, in *Ind. Pen.*, 1989, p. 331 ss.

BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XIX, 1973, p. 7 ss.

BRUNELLI, *La Corte costituzionale «vorrebbe ma non può» sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 183.

CALABRESI, *Spingendo la notte più in là*, Milano, 2008.

CANZIO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, p. 629 ss.

CAPUTO, *Il diritto e penale e il problema del patteggiamento*, Milano, 2009.

CARPEGGIANI, *Quando la Corte costituzionale espropria il Parlamento*, in *Italia oggi*, 31 luglio 1996, p. 1.

CERQUA, *Riti alternativi e incentivi premiali: implicazioni sostanziali*, in *Cass. pen.*, 1992, II, p. 1702 ss.

CERRI, *Sindacato di costituzionalità alla stregua del principio di uguaglianza: criteri generali ed ipotesi specifiche di pari normazione in ordine a situazioni diverse*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2160 ss.

CERRI, *Nuove note sul principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 973 ss.

COLASANTI, *Nessuna attenuante ai reati del branco*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 34, p. 70.

COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 1801 ss.

CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.

CRIVELLARI, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, Roma, 1890.

DELLA BELLA, *Il ruolo dell'affidamento in prova nella crisi di certezza ed effettività della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, p. 1492 ss.

DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 830 ss.

DI GIOVANNI, *L'effettività della sanzione penale*, in *Critica penale*, 2001, p. 37 ss.

DOLCINI, *Codice penale*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Studi di diritto penale*, Milano 1991, p. 3 ss.

DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA. VV. *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2001, p. 31 ss.

DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 371 ss.

DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 51 ss.

DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in DOLCINI - PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1074 ss.

DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.

DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità e misura della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 569 ss.

DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338.

DOLCINI, *Discrezionalità del giudice e diritto penale*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 303.

DONINI – INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale – considerazioni introduttive*, in INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005.

DONINI, *Commento all'art. 609-octies*, in CADOPPI (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, p. 785 ss.

DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558 ss.

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004.

DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, p. 27 ss.

ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 661 ss.

FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 417 ss.

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.

FERRARELLA, *Fine pena mai. L'ergastolo dei tuoi diritti nella giustizia italiana*, Milano, 2007.

FIANDACA, *Controllo penale sull'uso degli additivi alimentari e principi di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, p. 637 ss.

FIANDACA, *Commento all'art. 27 comma 3 Cost.*, in BRANCA-PIZZORUSSO (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1991, p. 222 ss.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.

FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006, p. 144 ss.

FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: in difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, p. 45.

GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3203 ss.

GARGANI, *Le modifiche al codice penale introdotte dal c.d. "pacchetto sicurezza" (l. 26 marzo 2001, n. 128)*, in *Studium iuris*, 2002, I, p. 1 ss.

GATTA, *La resurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in MAZZA-VIGANÒ (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, Torino, 2009, p. 153 ss.

GIUNTA, *I nodi del "patteggiamento" giungono al pettine*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 858 ss.

GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.

GOISIS, *La pena pecuniaria. Un'indagine storica e comparata. Profili di effettività della sanzione*, Milano, 2008.

GOISIS, *La revisione dell'articolo 27, comma 4 della costituzione: l'ultima tappa di un lungo cammino*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1655 ss.

GRASSO, *Questioni costituzionali in tema di diritto penale militare*, in *Giur. cost.*, 1979, I, p. 479 ss.

GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 1474 ss.

GROSSO, *Su alcuni problemi generali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2003, p. 18 ss.

GROSSO, *Riserva di codice, diritto penale minimo, carcere come extrema ratio di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3581 ss.

HASSEMER, *Principio di colpevolezza e struttura del reato*, in *Arch. Pen.*, 1982, p. 50 ss.

INSOLERA, *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2007, p. 677 ss.

LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 128.

LATAGLIATA, *Principio di eguaglianza davanti alla legge ed equiparazione di condotte "diverse" sotto un unico titolo di responsabilità*, in *Giur. merito*, 1971, p. 94 s.

LUNARDI – DEL VECCHIO, *Nuove norme sulla violenza sessuale*, in *Fam. Dir.*, 1996, p. 391 ss.

LUTHER, *Ragionevolezza e Verhältnismaagkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. e soc.*, 1993, p. 326 ss.

LUTHER, *La giustizia costituzionale tedesca nel biennio 1993-1994*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 3879 ss.

MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss.

MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *D&G*, 2006, n. 46, p. 28 ss.

MANNOZZI, *Pena e riti differenziati: la crisi del modello unitario di commisurazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2000, I, p. 69 ss.

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. I, 2005, p. 280-281.

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.

MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, Milano, 2006.

MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009.

MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. Cost.*, 2006, VI, p. 4160 ss.

MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, p. 160 ss.

MARINUCCI, *Riforma o collasso del controllo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1063 ss.

MARINUCCI, *La pena di morte*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 3 ss.

MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001.

MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.

MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 481 ss.

MARINUCCI, *L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 327 ss.

MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 349 ss.

MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 114 ss.

MANZIONE, *Armi giocattolo prive di tappo rosso: nuova legge, nuova querelle?*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 23 ss.

MAZZI, *Limiti edittali e principio di legalità: a proposito dell'illegittimità costituzionale dell'art. 122 c.p.m.p.*, in *Giur cost.*, 1992, p. 4430 ss.

MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su punta Perotti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1540 ss.

MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, 2000.

MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (l. 15 febbraio 1996 n. 66): esempio paradigmatico di sciatteria legislativa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, p. 395 ss.

MONACO – PALIERO, *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, p. 420 ss.

MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

MUSCO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in MARINUCCI – DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 403 ss.

NAPPI, *Il vero nodo è il rapporto tra PM e polizia*, in *D&G.*, 2000, n. 7, p. 5.

NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in ROMANO-STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, 1980, p. 49 ss.

NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835 ss.

NEPPI MODONA, *Il sistema sanzionatorio: considerazioni in margine ad un recente schema di riforma*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, p. 315 ss.

NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, II ed., 1982.

ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Lecce, 2002, p. 257 ss.

PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema delle cornici edittali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 419.

PADOVANI, *Il sequestro di persona e l'identificazione della libertà personale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1985, p. 609.

PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella «età della decodificazione»*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 89 ss.

PADOVANI, *La questione di legittimità costituzionale della pena del furto ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, p. 192 ss.

PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del XXIII convegno di studio "Enrico de Nicola"*, 2002.

PAGLIARO, *Manifesta irragionevolezza dei livelli di pena e delitti di oltraggio*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2573 ss.

PAGLIARO, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2460 ss.

PAGLIARO, *Indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1981, p. 447 ss.

PAGLIARO, *La riforma delle sanzioni penali tra teoria e prassi*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli, 1981, p. 183 ss.

PALADIN, *Un caso estremo nell'applicazione del principio di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1965, p. 620 ss.

PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 350 ss.

PALAZZO, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, II, 2009, p. 193 ss.

PALAZZO, *Esecuzione progressiva e benefici penitenziari: che cosa conservare*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Lecce, 2002, p. 130 ss.

PALAZZO, *Questioni di costituzionalità in tema di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1309 ss.

PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 430 ss.

PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 725 ss.

PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PALIERO C.F., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 510 ss.

PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli U.S.A.*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1984, p. 726 ss.

PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il "diritto vivente" tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 41 ss.

PAPA, *La crescita miracolosa del bonsai: l'albero del patteggiamento allarga vistosamente la chioma, ma stenta a sviluppare le radici*, in *Leg. pen.*, 2004, 863 ss.

PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 2007, p. 321 ss.;

PIACENTINI, *Reati di insubordinazione militare: diversità delle fattispecie e congruità delle pene*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 369 ss.

PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

PINARDI, *Riflessioni sul giudizio di ragionevolezza della sanzioni penali, suggerite dalla pronuncia di incostituzionalità della pena minima prevista per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2815 ss.

PISA, *Le nuove norme contro la violenza sessuale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 281 ss.

PISA, *Le misure del pacchetto sicurezza*, in *Dir. Pen. proc.*, 2001, VIII, p. 937 ss.

PISA, *Pacchetto sicurezza e modifiche al codice penale*, in *Dir. Pen. proc.*, 2000, V, p. 533 ss.

PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, c. 192 ss.

PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova do un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, p. 947 ss.

PRISCOLI–FIORENTIN, *Trattamento sanzionatorio eccessivo e principio di ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3810 ss.

PUC CETTI, *La recidiva nel fuoco delle riforme*, in RONCO (a cura di), *Persone e sanzioni*, 2006, p. 161 ss.

PULITANÒ, *Politica criminale*, in Marinucci – Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 45 ss.

PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1988, p. 686 ss.

PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 547 ss.

PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 507 ss.

QUINTERO OLIVARES, *Il codice penale spagnolo del 1995*, in *Il codice penale spagnolo*, trad. it., 1997, p. 10.

RESTA, *Decreto-legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale*, in *Giur. mer.*, 2009, IV, p. 900 ss.

RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza. Commento alla l. 26 marzo 2001, n. 128*, Milano, 2001.

RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della corte costituzionale?* in *Dir. pen. proc.*, 2007, 11, p. 1461 ss.

RODOTÀ, *Nuove frontiere per il diritto di proprietà*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 135 ss.

ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, VASSALLI (a cura di), Napoli, 2006, p. 29 ss.

ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., 2004, p. 248.

ROMANO F., *La pena: sopravvivenza di una espressione priva del suo significato linguistico*, in *Giur. merito*, 1999, n. 2, p. 429 ss.

ROSI, *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla l. 251/2005*, Milano, 2006, p. 22-28.

ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. It. dir. Proc. Pen.*, 1980, p. 200 ss.;

ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1984, p. 16 ss.

SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società post-industriali.*, Milano, 2004.

SARTARELLI, *La Corte costituzionale tra valorizzazione della finalità rieducativa della pena nella disciplina della liberazione condizionale e mantenimento dell'ergastolo : una contradictio in terminis ancora irrisolta (in particolare, riflessioni sulla sentenza n. 161/97)*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1356 ss.

SCHIAVI, *La disciplina della liberazione condizionale tra istanze rieducative ed esigenze di difesa sociale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1990, p. 669 ss.

SPATOLISANO, *“Ragionevolezza” costituzionale della pena per il furto*, in *Quale giustizia*, 1979, p. 116 ss.

SPASARI, *Riflessioni minime in tema di oltraggio e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2810 ss.

SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

SCOLETTA, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo in bonam partem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 428 ss.

SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

STILE, *Prospettive di riforme della commisurazione della pena*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, Milano, 1993, p. 310 ss.

TIRELLI, *Sicurezza penitenziaria e rieducazione: obiettivi tendenzialmente incompatibili?*, in DOLCINI – PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, p. 1260 ss.

TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009.

TUMIELLO, *Il volto del reo*, Milano, 2010.

VALSECCHI, *Il delitto di atti persecutori (il c.d. stalking)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, p. 1377 ss.

VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII, p. 323.

VASSALLI, *Concorso di circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1975, p. 1 ss.

VASSALLI, *Scopi e insufficienza della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1961, p. 297 ss.

VECCHI, *Disvalore dell'oltraggio e comminatoria edittale di pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1996, p. 788 ss.

VIGONI, *Patteggiamento allargato: riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 710 ss.

VIZZARDI, *Bacio sulle labbra e diritto penale: ancora sulla nozione di «atto sessuale»*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 755 ss.

VIZZARDI, *Il bidello e la bambina: i baci "a sorpresa" al banco di prova del principio di legalità*, in *Corr. Mer.*, 2007, n. 11, p. 1297 ss.

ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, n. 2, p. 297 ss.