

LA MISURA DELLE PENE, FRA DISCREZIONALITÀ POLITICA E VINCOLI COSTITUZIONALI

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Percorsi della giurisprudenza costituzionale. – 3. La sentenza n. 236 del 2016. – 4. La questione del *tertium comparationis*. – 5. Problemi di struttura delle cornici edittali. – 6. Discontinuità negli spazi di commisurazione della pena. – 7. La misura delle pene edittali come problema politico.

1. Il problema.

Il problema della misura delle pene¹ – cornici edittali e pene commisurate in concreto dal giudice – è fra i problemi cruciali del diritto penale. A livello legislativo, le pene minacciate sono un elemento che la teoria o ideologia ritiene significativo rispetto alle funzioni assegnate al penale, e che i legislatori ritengono di grande importanza nella rappresentazione pubblica delle proprie politiche. A livello giudiziario le pene commisurate nella sentenza di condanna dovrebbero essere attuazione ‘di giustizia’, metaforicamente pesate sulla bilancia della giustizia.

Nel disegno costituzionale del sistema penale, fondato sul principio di legalità dei reati e delle pene, espunta la pena di morte, il sistema sanzionatorio è imperniato sulla pena privativa di libertà. Sulla misura delle pene edittali la Costituzione non dà indicazioni dirette: la determinazione della pena rientra nella discrezionalità politica del legislatore². Le scelte relative alla pena sono scelte di politica del diritto penale, nelle quali si esprimono – possono legittimamente esprimersi – indirizzi politici diversi, valutazioni diverse su meritevolezza e bisogni di pena. Anche questa apertura politica è un aspetto del principio di legalità.

Rispetto alle scelte di incriminazione, le scelte sulla misura delle pene appaiono meno vincolate da principi sovraordinati sui limiti invalicabili del diritto penale, più esposte a variabili concezioni di giustizia e/o di opportunità politica. Ma i principi costituzionali hanno qualcosa da dire anche in questo campo.

Sul rapporto *fra delitti e pene*, l’idea guida che attraversa fin dall’antichità la nostra storia è quella della *proporzione*. È uno schema che si presta ad essere fondato e

¹ Vengono qui sviluppati alcuni fra i temi trattati in D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 641 ss.

² Questo il principio affermato in via di principio (la ripetizione è voluta) dalla Corte costituzionale. Sulle origini di tale indirizzo A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, c. 192 s.

sviluppato in modi diversi: in chiave rigidamente retributiva, su una linea di continuità con logiche di vendetta³; in chiave utilitaristica, come in Beccaria⁴; nel nostro sistema costituzionale, in collegamento col principio d'eguaglianza, fondamentale principio di struttura dell'ordinamento giuridico, *ideale regolativo di un diritto penale non arbitrario*⁵, criterio di controllo di qualsiasi differenziazione o equiparazione normativa: trattare ugualmente casi uguali, e differenziare il trattamento di casi disuguali⁶.

In assenza di criteri precisi di corrispondenza fra reato e pena, l'idea di proporzione non può pretendere di essere un criterio di per sé sufficiente di individuazione univoca di un'ipotetica pena giusta in assoluto. Negli spazi aperti alla discrezionalità politica del legislatore – a diverse, ugualmente legittime possibilità di bilanciamento d'interessi a livello legislativo – il principio d'uguaglianza pone l'*esigenza di fondamento costituzionale delle differenziazioni di trattamento*, e si presta ad essere “*utilizzato come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte*”⁷.

Nel contesto penalistico, criteri di differenziazione (di determinazione di uguaglianze e disuguaglianze rilevanti⁸) possono essere ricercati nei principi "materiali" del sistema dei reati e delle pene: offensività, colpevolezza, principi relativi alla pena. Un sistema passabilmente coerente di risposte al reato può essere costruito in ragione di un *rapporto di gravità* fra diversi reati (a livello legislativo, tipi di reato), partendo dai delitti più gravi e scendendo verso il basso⁹. È uno schema che ritroviamo nei grandi penalisti del passato¹⁰, e nella dottrina di oggi. È una condizione minima di razionalità, un criterio ordinatore di valutazioni politiche sulla gravità dei reati, e sulla traduzione

³ Su questo aspetto del diritto penale moderno cfr. R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 96s..

⁴ Si tratterebbe di graduare “*gli ostacoli che rispingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti*”. “*Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio*” (*Dei delitti e delle pene*, §. 6). Anche l'argomento utilitaristico può servire alla polemica contro torsioni autoritarie: “*i paesi e i tempi dei più atroci supplizi furono sempre quelli delle più sanguinose e disumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore reggeva quella del parricida e del sicario*” (§. 27).

⁵ G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, Milano, 2009, p. 116. Cfr. anche G. SILVESTRI, *Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale*, ivi, p. 7.

⁶ Un quadro d'insieme sul coteo penalistico in G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012.

⁷ M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante*, Torino 2016, p. 463.

⁸ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 s.; G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza delle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, p. 313 s.

⁹ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 419s. M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Giustizia riparativa*, a cura di G. Mannozi e G..A. Lodigiani, Bologna, 2015, p. 138. È lo schema già sviluppato dai predecessori (Carmignani, Rossi) citati da T. Padovani, *op.cit.*

¹⁰ Per es. G. CARMIGNANI e P. ROSSI, citati da T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 446s.

in tipi e misure di pena. Al livello più alto dovrebbe stagliarsi la tutela della vita degli uomini.

Sul senso o funzione della pena, elemento di novità nel dettato costituzionale è il *“devono tendere alla rieducazione del condannato”* nell’art. 27, 3° comma. La rilevanza dell’idea rieducativa per tutte le scelte relative alla pena – anche per il legislatore, non solo per l’esecuzione della pena – è stata chiaramente affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990. Altre finalità della pena non autorizzano alcun *“pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione”*: l’individuo non può essere strumentalizzato per fini di politica criminale, *“in uno Stato evoluto la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alle funzioni stesse della pena”*. Non estranea, dunque, ai problemi di misura della pena, anche a livello legislativo.

2. Percorsi della giurisprudenza costituzionale.

Nella giurisprudenza costituzionale in materia di pena, un riferimento importante è la sentenza n. 26 del 1979¹¹ (relatore Paladin) che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una norma nel codice penale militare di pace che prevedeva la pena dell’ergastolo per ipotesi di omicidio in danno di un superiore, sia consumato che tentato. La Corte ha ravvisato uno *stravolgimento dell’ordine dei valori messi in gioco* nell’equiparazione del trattamento punitivo, al livello più elevato, di fatti diversi quali l’omicidio realizzato e l’omicidio solo tentato, fondata sulla attribuzione di un significato preminente ad un bene di rango inferiore (la disciplina militare in tempo di pace) rispetto al bene della vita.

Il riferimento all’*ordine dei valori messi in gioco* guarda alla coerenza o razionalità interna delle scelte legislative, in termini coerenti con il *self-restraint* della Corte costituzionale in ordine al sindacato sulla misura delle pene edittali. La censura di *stravolgimento dell’ordine dei valori* non sottende valutazioni di giustizia su una data misura di pena, ma rileva la *incoerenza della scala di severità comparativa*, rispetto a una riconoscibile scala di gravità dei fatti, cioè differenti livelli di offensività.

Il principio di eguaglianza-ragionevolezza è così servito a reimpostare in una forma *“ben meno radicale ed assolutista”*¹² questioni che la dottrina penalistica ricollega al principio di offensività. In ciò è stata ravvisata una *“apparente conversione dell’offensività nella proporzione ... priva di grandi contenuti selettivi”*. Il criterio della proporzione – *“cieco e relativistico, buono per tutte le stagioni”* – godrebbe di una *reputazione sopravvalutata*. *“La proporzione non basta a qualificare l’offesa”*¹³.

¹¹ In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 200 s., con nota di M. ROSSETTI. In precedenza, alcune dichiarazioni d’ill. cost. avevano riguardato figure contravvenzionali: Corte cost. n. 218 del 1974, in *Giur. cost.*, 1974, II, p. 11; n. 52 del 1976, in *Giur. cost.*, 1966, p. 366.

¹² V. MANES, *Il principio di offensività in materia penale*, Torino 2003, p. 137.

¹³ Citazioni da M. DONINI, [Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, 4, pp. 12, 18, 19.

Certo, l'offesa ha un contenuto materiale non traducibile in un giudizio di proporzione: i confini ultimi del campo di possibile rilevanza penale (o di illecito amministrativo, la cui formale distinzione dal penale non è legata a criteri rigidi) sono segnati da un qualche contenuto offensivo (nel senso più lato che a questo concetto possa essere attribuito). Combinandosi col principio di eguaglianza (che ingloba ragionevolezza e proporzione) il principio d'offensività ne risulta rafforzato: da mero custode dei confini ultimi d'una possibile penalizzazione, diventa criterio di conformazione interna del campo. È l'offensività (il livello di offensività) a qualificare la proporzione, agganciandola a un criterio obiettivo, rilevante entro il sistema. È il combinato disposto fra i principi di offensività e di proporzione, il criterio d'invalidazione di norme (o di applicazioni giurisprudenziali) stravolgenti il sistema.

In questi termini, il passaggio dall'offensività alla proporzione si rivela non un arretramento, ma un affinamento del volto costituzionale del sistema penale. Anche chi ha parlato di *dequotazione del principio di offensività a criterio meramente argomentativo*, finisce per riconoscere che proprio il parametro della ragionevolezza consente *declinazioni più variegata e inclini a ospitare valutazioni contenutistiche*¹⁴.

Su questa linea, prefigurata dalla sentenza capostipite n. 26/1979, si collocano altre significative dichiarazioni d'illegittimità costituzionale¹⁵, che hanno riguardato la disciplina dei delitti di rifiuto del servizio militare¹⁶ e la misura minima (sei mesi) della pena detentiva prevista per l'oltraggio a pubblico ufficiale dall'art. 341 c.p. (successivamente abrogato dalla legge di depenalizzazione del 1999)¹⁷.

Fra le sentenze degli anni più recenti, particolare rilievo ha la sentenza (n. 249 del 2010) che ha ritenuto ingiustificatamente discriminatoria l'aggravante introdotta nel 2008 come punto 11 *bis* dell'art. 61 c.p.: *"l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale"*. Questa aggravante simbolo della legislazione securitaria *"non rientra nella logica del maggior danno o maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati"*, ed è stata invalidata per contrasto col principio d'uguaglianza (*"il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al commesso reato"*)¹⁸.

Al di là del caso specifico, in cui era in gioco il nucleo duro del principio d'uguaglianza, la sentenza n. 249 del 2010 dà indicazioni di portata generale sul controllo di legittimità di differenziazioni di trattamento penale, sotto qualsiasi forma (possibili varianti tecniche, nella costruzione di modelli sanzionatori, sono la previsione di fattispecie speciali o di circostanze). Non possono essere tipizzati come presupposti di un

¹⁴ V. MANES, *op. cit.*, 234.

¹⁵ Per un quadro d'insieme cfr. S. CORBETTA, *La cornice editale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 s.

¹⁶ Corte cost. n. 409 del 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 37. Corte cost. n. 43 del 1997, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1662.

¹⁷ Corte cost. n. 341 del 1994, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2585 s., con nota di G. FIANDACA. La Corte ha invece salvato la legittimità costituzionale delle pene più severe previste per figure qualificate, confermando la linea di cautela nel sindacato sulle scelte legislative di politica penale.

¹⁸ Fra i commenti, F. VIGANÒ, in *Giur. Cost.*, 2014, 3017.

aggravamento di pena elementi che – *ceteris paribus* – non abbiano un *univoco* significato aggravante rispetto al fatto commesso¹⁹.

Una serie di sentenze più recenti hanno inciso sulla commisurazione della pena. È stato dichiarato illegittimo l'art. 69, quarto comma, cod. pen., per contrasto con gli artt. 3 e l'art. 27 comma 3, nella parte (introdotta dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251) in cui escludeva che potessero essere ritenute prevalenti sulla recidiva ex art. 99 comma 4° talune circostanze attenuanti che prevedono forti diminuzioni di pena in ragione della particolare tenuità del fatto (in materia di stupefacenti, di usura, di violenza sessuale: sentenze n. 251/2012, n. 105 e n. 106 del 2014). Violazione del principio d'eguaglianza, per la *manifesta irragionevolezza delle conseguenze sul piano sanzionatorio* derivanti dall'enorme divaricazione delle cornici edittali previste per la fattispecie di base e per il caso di sussistenza dell'attenuante, e dall'azzeramento dell'attenuante per effetto della disciplina censurata: l'effetto è un aumento di pena molto maggiore di quello tipicamente collegato alla recidiva, una *abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata*, in contrasto con il principio di offensività, *chiamato a operare rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena*²⁰. Violazione dell'art. 27, perché il divieto di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante, azzerando la diversità di cornici edittali, comporta una pena palesemente sproporzionata, e dunque avvertita come ingiusta dal condannato.

Riguarda la recidiva anche la sentenza n. 185 del 2015, che ha dichiarato illegittima la previsione – art. 99, comma 5 – di obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva in ragione di determinati titoli di reato, *senza alcun accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso* in relazione ai parametri di commisurazione della pena. Parametri costituzionali, anche qui gli artt. 3 e 27 comma 3.

3. La sentenza n. 236/2016.

Un passo avanti, nella valorizzazione del principio di proporzione, è la sentenza n. 236/2016, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, 2° comma, del codice penale, per *violazione congiunta degli artt. 2 e 27 Cost.*, nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da cinque a quindici anni, anziché da tre a dieci anni. Quest'ultima è la pena prevista nel primo comma del medesimo articolo, per un'altra fattispecie di alterazione di stato; ma la motivazione della sentenza, sulla sproporzione della pena prevista dal 2° comma, non si fonda sul raffronto fra le due fattispecie. La fondatezza della questione di legittimità costituzionale *“si rivela in virtù della manifesta*

¹⁹ Questi principi hanno rilievo anche per l'esercizio del potere discrezionale del giudice ex art. 133: a fatti della vita *estranei al commesso reato* non può essere attribuito un automatico rilievo aggravante; possono venire in rilievo solo in esito ad una valutazione discrezionale, nei limiti segnati dal rigoroso rispetto dei diritti costituzionali.

²⁰ Fra i commenti: BERNASCONI, in *Giur. Cost.* 2012, 4057 e *Giur. Cost.* 2014, 1858; NOTARO, in *Cass. Pen.*, 2013, 1755; Civello, in *Arch. Pen.* 2014, n. 2, p. 1s.

*sproporzione della cornice edittale censurata, se considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita*²¹.

La motivazione della sentenza osserva che le questioni portate all'esame della Corte *"sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (art. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche"*. Ricorda che una censura di violazione del solo art. 3, incentrata sul diverso trattamento sanzionatorio nei due commi dell'art. 567, era stata respinta dall'ordinanza n. 106/2007. Nella nuova prospettazione del giudice *a quo*, il più mite trattamento del primo comma non funge da *tertium comparationis*; anch'esso serve peraltro al *disvelarsi* della *"manifesta irragionevolezza per sproporzione tra cornice edittale, da un lato, e disvalore della condotta, dall'altro"*.

Ampi e pertinenti richiami vengono fatti dalle sentenze n. 341/1994 e 409/1989; n. 50/1980; n. 313/1990 e altre che hanno valorizzato la finalità rieducativa prescritta dall'art. 27 Cost., vanificata *"laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente"*. Nel merito, è *"sufficiente considerare che la disposizione censurata, per come è normativamente definita la cornice edittale, impone al giudice di infliggere una punizione irragionevolmente sproporzionata per eccesso, anche nelle ipotesi in cui l'obiettivo dell'agente – sia pur perseguito, in un'ottica scorretta, mediante la commissione di un falso – sia quello di attribuire un legame familiare al neonato, che altrimenti ne resterebbe privo"*. Il giudice *a quo*, rileva la Corte, ha osservato che pur applicando l'attenuante dell'art. 62 n. 1 non potrebbe essere concessa la sospensione condizionale. Conclusione della Corte: *"non erra il giudice a quo nel ritenere che l'applicazione, pur nel minimo edittale, della sanzione stabilita dalla disposizione censurata risulti manifestamente irragionevole per eccesso, in violazione dell'art. 3 Cost., e si ponga altresì in contrasto con il principio della finalità rieducativa della pena, poiché ingenera nel condannato la convinzione di essere vittima di un ingiusto sopruso, sentimento che osta all'inizio di qualunque efficace processo rieducativo, in violazione dell'art. 27 Cost."*.

Così motivata l'illegittimità costituzionale della pena edittale di cui all'art. 567 c.p., nel motivare sulle conseguenze da trarre la Corte ribadisce che non le appartengono *valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria*: spettano alla rappresentanza politica, rientrano nella riserva di legge di cui all'art. 25 Cost. La decisione della Corte ha bisogno di *"precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo"*. Nel caso di specie, viene a questi fini in rilievo la meno severa cornice prevista nell'art. 567 per l'altra fattispecie di alterazione di stato. Le due fattispecie, che descrivono un *medesimo evento delittuoso*, si distinguono per le *differenti modalità esecutive*, le quali *"non esprimono, in se stesse, connotazioni di disvalore tali da legittimare una divergenza di trattamento sanzionatorio"*. Da ciò il dispositivo 'manipolativo', su una linea già imboccata da altre sentenze (n. 409/89, n. 341/1994).

²¹ Altri argomenti del giudice *a quo*, che valorizzavano le recenti riforme del diritto di famiglia e le nuove possibilità di prova scientifica, sono stati ritenuti *privi di specifica incidenza nella fattispecie in esame*.

Una pronuncia *importante*, intitola Francesco Viganò il suo commento a prima lettura in DPC. La sentenza *“sviluppa e porta a compimento spunti avviati con la sentenza 341/1994 in materia di oltraggio e proseguiti sottotraccia con le sentenze in materia di divieto della prevalenza delle attenuanti sulla ritenuta recidiva”*. L’aspetto di novità è ravvisato nell’aver *“definitivamente svincolato la valutazione sulla proporzionalità della pena dalla necessaria individuazione di un tertium comparationis caratterizzato da identico disvalore, e irragionevolmente sottoposto a diverso trattamento sanzionatorio”*

Nel riassumere le scansioni del sindacato della Corte costituzionale, Viganò addita come punto di partenza (con un cauto *‘sembra essere’*) l’individuazione, entro il perimetro della fattispecie astratta, di *classi di ipotesi (sottofattispecie) caratterizzate da un disvalore particolarmente tenue*, da confrontare con la pena minima prevista dal legislatore per la fattispecie astratta. Soltanto a questo punto, dopo aver valutato la pena prevista come *manifestamente eccessiva*, ricomparirebbe il *tertium comparationis*, la cui *unica funzione* sarebbe di fornire il quadro edittale da sostituire a quello dichiarato incostituzionale.

4. La questione del *tertium comparationis*.

Già da tempo la giurisprudenza costituzionale ha *“desunto dall’art. 3 Cost. un canone di ‘razionalità’ della legge svincolato da una normativa di raffronto, rintracciato nell’esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità ... e a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituiscono un presidio contro l’eventuale irrazionalità o iniquità delle conseguenze”*. Questo criterio è richiamato nella sentenza n. 162 del 2014 (citando la sentenza n. 87 del 2012) che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di un divieto (fecondazione eterologa) ritenuto *privo di adeguato fondamento costituzionale*.

In caso di invalidazione di un divieto, come *criterio di raffronto* funziona la regola di *default*, che postula la libertà di ciò che non sia legittimamente vietato. In caso di invalidazione di una norma speciale più severa (per es. una circostanza aggravante: sentenza n. 249/2010) vi è sullo sfondo la norma generale applicabile. Si tratti di ambito d’illiceità o di differenziazione sanzionatoria, là dove il problema di uguaglianza – ragionevolezza sia di confronto fra due alternative precise, la soluzione ha bisogno di criteri precisi, che possano essere oggetto di puntuale discussione. Potrà non essere un *tertium comparationis* in senso stretto, sarà comunque (nel linguaggio della Corte costituzionale) un *canone di razionalità*.

A maggior ragione, un criterio afferrabile di razionalità (di *coerenza logica e teleologica*) è necessario per dare concretezza a un criterio che segue la logica dei concetti sfumati²², quale la proporzione (o sproporzione) di una scelta sanzionatoria che in via di principio è discrezionale e graduabile.

Ritornando al giudizio di legittimità costituzionale sull’art. 567: ne condivido in pieno l’esito, e la valutazione della sentenza come importante. Proprio per questo, credo

²² A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p.1427s.

opportuno controllare la consistenza della fascinosa motivazione: cosa (e come) avrebbe deciso la Corte costituzionale, se non avesse avuto l'aggancio nell'art. 567, comma 1?

Non avendo a disposizione la cornice edittale sostitutiva che ha fatto propria nel dispositivo 'manipolativo', la sentenza sarebbe stata ovviamente diversa sia nella motivazione che nel dispositivo. Sarebbe stata comunque (avrebbe potuto essere) una dichiarazione d'illegittimità costituzionale per eccessività o sproporzione della pena?

La sentenza parla di *violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost.*; le motivazioni sono centrate (come Viganò ha messo in rilievo) sulla fascia di minor gravità dei fatti riconducibili al tipo di reato, nulla invece dicono sulla congruità del massimo edittale. La rimodulazione dell'intera cornice edittale, al livello della cornice edittale prevista per l'altra fattispecie di cui al 1° comma, può giustificarsi solo sull'assunto della sostanziale identità di disvalore delle due fattispecie di alterazione di stato. È l'assunto della sentenza del 2016, opposto a quello dell'ordinanza del 2007.

La dichiarazione d'illegittimità della cornice edittale, non soltanto del minimo, può reggersi sul principio d'eguaglianza, anche da solo; non si reggerebbe sul solo principio rieducativo. Senza il *tertium comparationis*, la manipolazione (quanto meno) del massimo edittale non avrebbe alcun fondamento.

Argomenti a sostegno della *sproporzione* del minimo edittale, nella sentenza 326/2016, riguardano le possibili motivazioni (buone intenzioni) del reo, e (nella cauta forma di citazione di un argomento del giudice *a quo*) l'impossibilità di accedere alla sospensione condizionale della pena. Sono argomenti condivisibili, che portano in primo piano il nesso della risposta al reato con l'idea rieducativa. In assenza del *tertium comparationis*, che cosa la Corte avrebbe potuto fare? Là dove la Corte aveva rimodulato minimi edittali (vedi sentenza 341/1994) lo ha fatto con riferimento a un *tertium comparationis*. E così ha fatto nella sentenza in esame.

Di fronte alla evidente rilevanza (anzi necessità) del *tertium comparationis* nel determinare i contenuti del dispositivo della sentenza, azzardo rispettosamente l'ipotesi che la motivazione sia stata condizionata dalla precedente ordinanza del 2007, dichiarativa di manifesta infondatezza della questione incentrata sul solo principio d'eguaglianza. Nel capovolgere quella decisione, la sentenza del 2016 ha rappresentato una linea di continuità con la complessiva precedente giurisprudenza, incapsulando in questo discorso complessivo l'ordinanza sbagliata del 2007, verosimilmente vissuta con disagio, e contraddetta, di fatto, dalle frasi della sentenza del 2016 sulla sostanziale identità di disvalore delle due fattispecie di alterazione di stato.

5. Problemi di struttura delle cornici edittali.

Problemi di *misura* delle pene sono anche problemi di *struttura delle cornici edittali*. Nella giurisprudenza costituzionale abbiamo ritrovato problemi centrati sui minimi edittali, e rimodulazioni sia dei minimi che dei massimi. Sono emersi anche problemi di *ampiezza* delle cornici edittali, ai due estremi della *eccessiva dilatazione* e della *pena fissa*.

“Il principio di legalità richiede che l'ampiezza del divario tra il minimo e il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena

secondo i criteri di cui all'art. 133 e non sia manifestamente non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta"²³. Su questa premessa è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma del codice penale militare di pace (art. 122) che prevedeva per una figura speciale del delitto di 'violata consegna' la pena della reclusione da 2 a 24 anni: una cornice edittale enorme, i cui massimi sono stati giustamente ritenuti sproporzionati rispetto a qualsiasi pensabile realizzazione del reato in parola. Un'ipotesi limite, che la Corte costituzionale ha potuto eliminare senza sollevare problemi o aprire lacune.

In una sentenza spesso citata (n. 5 del 1980²⁴) la Corte costituzionale si è pronunciata su una norma che stabiliva in misura fissa la pena per una contravvenzione. Pur salvando la legittimità della norma impugnata, ha affermato che il principio di legalità della pena *"dà forma ad un sistema che trae contenuti ed orientamenti da altri principi costituzionali"* (per es., quelli di cui all'art. 27) che esigono l'adeguamento delle riposte punitive ai casi concreti, e quindi la previsione legale di *"appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del giudice"*. La possibilità di differenziare le riposte nei casi concreti *"contribuisce a rendere quanto più possibile 'personale' la responsabilità penale, nella prospettiva dell'art. 27, 1° comma"*; è strumento per una commisurazione 'finalizzata' rispetto ai fini indicati dall'ordinamento; è anche coerente con il principio di uguaglianza, che esige di differenziare situazioni diverse. L'uguaglianza di fronte alla pena significa *"proporzione 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 alla potestà punitiva"*.

Da ciò la Corte costituzionale ha tratto l'indicazione che in linea di principio previsioni sanzionatorie rigide (che cioè non lascino spazio per scelte discrezionali) non sarebbero in armonia con il volto costituzionale del sistema penale. Potrebbero essere non illegittime *"a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, quest'ultima appaia ragionevolmente proporzionata rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato"*. Da considerare, anche, che la rigidità della sanzione risulta attenuata dalla possibile sussistenza di circostanze aggravanti o attenuanti.

È usata come pena fissa, nel vigente sistema, la comminatoria dell'ergastolo, per le tipologie di delitto ritenute più gravi. È una scelta non insostenibile in relazione a fattispecie fortemente selettive, che selezionano fatti equiparabili al massimo livello di disvalore, per i quali la pena a vita possa ritenersi in via di principio una risposta non sproporzionata. È una scelta che pone problemi di compatibilità con l'idea rieducativa, la quale richiede che l'esecuzione della pena non sia ineluttabilmente a vita, ma a determinate condizioni debba cessare. Condizione di legittimità, a mio avviso, sarebbe

²³ Corte cost. n. 299 del 1992, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1468, con nota di C.F. GROSSO.

²⁴ Nota di C. PALIERO in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981. La norma impugnata puniva con 15 giorni d'arresto e lire 880 mila di ammenda la circolazione con veicoli che, a pieno carico, superino il peso consentito di oltre 30 quintali.

anche l'applicabilità di eventuali attenuanti: che cioè la pena sia *non del tutto fissa*, ma possa essere adattata a peculiarità dei casi concreti.

La previsione di cornici edittali, che nel sistema è la regola, trae con sé il problema dell'ampiezza della cornice: quando potrebbe dirsi illegittima perché *eccessivamente* dilatata? La vaghezza del criterio rende incerto il confine fra il profilo dell'illegittimità, rilevabile dalla Corte costituzionale, e il merito politico della scelta del legislatore. Nel suo contenuto essenziale, l'inaccettabilità di cornici eccessivamente dilatate pone un'esigenza di adeguamento alle tipizzazioni delle fattispecie: l'ampiezza della cornice dovrebbe corrispondere alle fasce di disvalore dei fatti rientranti nel tipo di reato, cioè fatti selezionati in ragione di un comune disvalore tipico. Nell'ideologia dell'ordinamento, le cornici edittali sarebbero misura della gravità massima e minima di fatti rientranti in un dato tipo.

Cornici edittali molto ampie sono numerose, anche nel codice penale; ed effetti di ampliamento degli spazi di discrezionalità sono legati alla disciplina delle circostanze, sia come dilatazione delle cornici al di sopra e/o al di sotto della cornice di base, sia per la natura latamente discrezionale del bilanciamento fra aggravanti ed attenuanti. Il funzionamento del sistema è affidato alla saggezza degli applicatori²⁵, i quali si trovano a dover applicare meccanismi sanzionatori ad alto tasso di aleatorietà (cornici edittali troppo dilatate) e di irrazionalità (per es. l'insensata aritmetica del computo delle circostanze).

Fattispecie speciali e circostanze, terreno privilegiato per usi simbolici del diritto penale, pongono problemi di raccordo fra tipizzazioni di base (fattispecie di reato e cornici edittali) e variazioni legate a situazioni particolari. Un controllo di legittimità in questo campo può fondarsi sul principio d'eguaglianza, combinato al principio d'offensività: la linea additata dalla importante sentenza n. 249/2010 e dalle sentenze in materia di bilanciamento (*supra*, §. 2).

Una buona politica penale richiederebbe comunque uno sfoltimento della foresta di fattispecie speciali e di circostanze. Sarebbe ragionevole una tendenziale trasformazione delle circostanze in *criteri nominati di commisurazione, entro la cornice edittale di base*²⁶. Là dove si ravvisi l'opportunità di variazioni significative della stessa cornice edittale, buona tecnica è la previsione di fattispecie speciali, autonomi titoli di reato caratterizzati da uno specifico disvalore, per i quali sia possibile prevedere una cornice sanzionatoria non eccessivamente dilatata.

Superamento totale delle circostanze? Non del tutto. La possibilità di sfondamento del limite edittale, verso il basso o verso l'alto, può andar bene per qualsiasi circostanza cui si voglia attribuire un rilievo indefettibile. Può essere il caso di aggravanti

²⁵Una recente ricognizione ha rilevato l'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere (l'enorme discrezionalità) dei giudici sulle circostanze: fattori, entrambi, di indebolimento della legalità, luogo particolarmente marcato di emersione dell'enorme potere del giudice nella gestione complessiva degli istituti del sistema sanzionatorio: F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

²⁶In questo senso un significativo orientamento, adesivamente richiamato da G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale?*, Napoli 2009, p. 187.

atte a caratterizzare particolari forme di criminalità (mafia, terrorismo). Di diminuenti legate a condizioni di capacità ridotta (seminfermità, minore età) o di particolare vulnerabilità dell'autore del reato. Di attenuanti premiali, riferite a condotte riparatorie che si intenda favorire con una manovra sulla pena: assicurare e rendere controllabile l'effetto premiante è condizione di credibilità e quindi di funzionalità del sistema. Se attenuanti premiali (per il risarcimento del danno, per condotte riparatorie, per la collaborazione processuale) sono destinate a restare nel sistema, è bene che la misura del premio resti evidenziata, come diminuzione di una pena base commisurata in ragione del commesso reato, e diminuita in ragione della condotta riparatoria premiata, anche largamente al di sotto del minimo edittale.

Ai massimi edittali sono assegnate funzioni che vanno oltre la commisurazione della pena: sono presupposti di applicazione di istituti processuali e del sistema sanzionatorio. Ciò risponde a esigenze ineludibili di raccordo; il riferimento ai massimi edittali è una modalità ragionevole di collegamenti fra diritto sostanziale e processuale. Con riguardo agli istituti del sistema sanzionatorio, si pone questo problema: i massimi edittali incorporano valutazioni di gravità relative non al fatto concreto, ma al tipo di fatto: ai fatti collocabili nella fascia più alta di gravità. Assumere il massimo edittale come limite di applicabilità di istituti funzionali all'idea rieducativa, proietta sulla risposta a fatti collocabili (entro il tipo di reato) nella fascia bassa di gravità, un criterio pensato in ragione della fascia alta.

Il massimo edittale è un limite d'applicazione di istituti di recente introduzione, che costituiscono alternative alla condanna: sospensione del processo con messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto. Un riferimento al minimo edittale sarebbe meno selettivo e più ragionevole: un minimo edittale basso fa apparire meno remota l'ipotesi della particolare tenuità del fatto, e addita fasce di minor gravità nelle quali la messa alla prova potrebbe essere ragionevolmente giustificata. Il *surplus* di limitazione, per effetto del riferimento al massimo edittale, è discutibile, anche (forse) sul piano costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 27.

Là dove sia tecnicamente possibile, è scelta ragionevole fare riferimento alla pena in concreto, legata a una valutazione di gravità del fatto concreto. È il modello adottato (dal legislatore del 1930) nella disciplina della sospensione condizionale della pena. È significativo che nella giurisprudenza costituzionale il collegamento fra misura della pena e a possibilità di accesso alla sospensione condizionale sia venuto in rilievo in relazione a problemi concernenti i minimi edittali (vedi motivazione della sentenza n. 236/2016)

6. Discontinuità negli spazi di commisurazione della pena.

Ha a che fare con la razionalità del sistema la questione sollevata dal Tribunale di Perugia sulla disciplina del traffico di stupefacenti, con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., dichiarata inammissibile dalla sentenza n.148 del 2016. Secondo il giudice remittente l'art. 73, 1° comma, del DPR 309/90, sarebbe illegittimo, in riferimento agli art.

3 e 27 Cost., nella parte in cui determina un trattamento sanzionatorio minimo molto più elevato (quattro anni di reclusione in più) rispetto alla sanzione prevista per i fatti di maggior disvalore tra quelli cui sia applicabile il 5° comma (lieve entità). Tale questione è stata ritenuta *inammissibile, per assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate in materia di discrezionalità legislativa*. Questa conclusione è motivata rilevando che il ricorrente *non ha indicato un parametro che consenta di rinvenire una soluzione costituzionalmente obbligata*, senza neppure precisare quale sia il trattamento sanzionatorio che, a suo avviso, sarebbe conforme a Costituzione.

Il tipo di problema sollevato (lascio fra parentesi se con motivazione idonea o meno) non è tanto di *misura*, quanto di *struttura*: di *razionalità intrinseca dell'insieme delle due cornici poste a raffronto*. È una *variante* di un problema che ho messo a fuoco da tempo²⁷, sotto l'etichetta di problema della *discrezionalità discontinua*.

Ripropongo l'esempio della commisurazione della pena per l'omicidio doloso. La cornice edittale di cui all'art. 575 (da 21 a 24 anni) è molto ristretta; circostanze aggravanti e attenuanti comportano una forte dilatazione verso l'alto (fino all'ergastolo) e verso il basso. Nel caso di concorso di aggravanti e attenuanti, il bilanciamento ex art. 69 apre a uno scenario che illustro con un esempio non di scuola: omicidio volontario aggravato ex art. 577, n. 4 (crudeltà verso la vittima), commesso da soggetto seminfermo di mente, per il quale si proceda con rito abbreviato²⁸. Se, nel bilanciamento ex art. 69, è riconosciuta la prevalenza dell'aggravante, la pena sarà di 30 anni, invece dell'ergastolo. Se il giudizio è di equivalenza, la diminuzione secca di un terzo per il rito abbreviato, applicata su una pena commisurata entro la cornice edittale, porterà a una pena compresa fra i 14 e i 16 anni. Se viene ritenuta prevalente l'attenuante della seminfermità (art. 89), anche a contenere al minimo la diminuzione la pena non potrà essere superiore a 14 anni, a causa della diminuzione per il rito abbreviato. Riassumendo: scelto il rito abbreviato, la pena potrà essere o di 30 anni, o inferiore a 16; in nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell'intervallo fra i 16 e i 30 anni.

In caso di condanna pronunciata in esito al rito ordinario (cioè senza la diminuzione per il rito abbreviato) la pena sarebbe, secondo l'esito del bilanciamento: ergastolo in caso di prevalenza dell'aggravante speciale; in caso di giudizio di equivalenza, una pena compresa entro la cornice edittale prevista per l'omicidio comune (da 21 a 24 anni); in caso di prevalenza dell'attenuante, una pena compresa fra un minimo di anni 14 e un massimo di poco inferiore ai 24 anni di reclusione. In nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell'intervallo fra i 24 e i 30 anni.

È un quadro francamente paradossale: vi sono casi in cui, *secondo gli esiti di un discrezionale bilanciamento*, la pena potrà essere commisurata *al di sopra o al di sotto di certe soglie, con esclusione di possibilità intermedie*. Un tale salto nelle possibilità di

²⁷ Per la prima volta in D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale*, in AA.VV., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano 2006, p. 41. Cfr. ora D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 6° ed. Torino 2015, p. 481.

²⁸ L'esempio è modellato su un fatto realmente accaduto, che ha avuto notevole risonanza sui *mass media*; la sentenza del GUP di Milano (poi riformata quanto a misura della pena: 30 anni in primo grado, sedici in appello) è pubblicata in *Riv. it. med. leg.*, 2004, p. 467, con nota di M. BERTOLINO, *ivi*, p. 508 s.

commisurazione della pena spezza la corrispondenza fra la scala delle possibili valutazioni di gravità e la scala delle possibili sanzioni. I possibili bilanciamenti (valutazioni di gravità) riferiti a un insieme di circostanze aggravanti e attenuanti, si collocano logicamente in un *continuum*, ma le conseguenze in punto di pena *non* possono seguire puntualmente le variazioni dei pesi sulla metaforica bilancia, perché una fascia di possibilità è esclusa.

Discrezionalità discontinua, ho definito questo quadro: discontinuità nella scala delle scelte sanzionatorie consentite al giudice in sede di commisurazione della pena per un dato reato. Una disciplina incoerente con la razionalità intrinseca della commisurazione della pena, censurabile alla stregua di un *canone di conformità dell'ordinamento a valori di giustizia e di equità, e di coerenza logica e teleologica* (vedi sentenza n. 162 del 2014). La censura di violazione del principio d'uguaglianza e dei principi relativi alla pena (artt. 3 e 27 Cost.) riguarderebbe i possibili effetti della disciplina del bilanciamento, applicata a circostanze (come quelle degli artt. 576 e 577, o dell'art. 583 in materia di lesioni) che spostano i limiti edittali in modo da aprire buchi neri nella scala delle possibili scelte sanzionatorie.

Discontinuità o *frattura negli spazi edittali*, definirei la variante ravvisabile nella normativa in materia di stupefacenti su cui la sentenza 148/2016 ha evitato di pronunciarsi: discontinuità irrazionale fra le cornici edittali previste per fattispecie relative a fatti che presentano un *continuum* di possibili graduazioni di disvalore. Non fa differenza, rispetto alla sostanza del problema, se si tratti di rapporto fra figure autonome di reato, o fra una figura base e un'ipotesi qualificata come circostanza (nella storia dell'art. 73, comma 5, queste due tecniche normative sono presenti entrambe).

Intrinsecamente irrazionale (per incoerenza logica e teleologica) è lo iato fra il minimo della pena edittale prevista dal comma 1 e il massimo della pena prevista dal comma 5 per il caso di lieve entità. La natura sfuggente, indefinita, del criterio della lieve entità, rende irrazionale uno iato che, in presenza di elementi differenziali ben tipizzati, rifletterebbe il rilievo assegnato dal legislatore all'elemento ben tipizzato, per la valutazione sul grado di offensività del fatto e/o della colpevolezza dell'agente. Tale è il caso delle aggravanti speciali per l'omicidio doloso o per le lesioni personali dolose: segnano un salto di qualità, che sarebbe coerente con la previsione di titoli di reato autonomi, con pene differenziate (come *Mord* e *Totschlag* nell'ordinamento tedesco). Ma se la variazione di pena viene legata a una non altrimenti tipizzata valutazione di gravità o lievità del fatto, o comunque a una valutazione discrezionale del giudice, tale criterio conduce a valutazioni che si collocano logicamente in un *continuum*, in assenza di elementi di differenziazione normativamente fissati che possano giustificare fratture e salti negli spazi di commisurazione della pena.

Nel caso portato al giudizio della Corte, una valutazione di gravità immediatamente al di sopra della soglia della lieve entità comporta un salto di pena di quattro anni: non c'è bisogno d'altro (di un *tertium*) per rilevare l'irrazionalità intrinseca di questo salto, della rottura del *continuum* degli spazi edittali a fronte del *continuum* della scala di gravità, fra il sopra e il sotto del confine fra la non lieve e la lieve entità.

Nei casi definibili come discrezionalità discontinua, per rimediare la rottura della razionalità interna del sistema, senza effettuare valutazioni sulla appropriata dosimetria,

c'è un rimedio tecnicamente possibile, uno solo: ricucire la frattura fra le cornici edittali. È la strada prospettata dal giudice *a quo*, nel caso deciso dalla sentenza n. 148/2016: spostare verso il basso il minimo edittale previsto per la fattispecie base, collocandolo al livello immediatamente sopra il massimo previsto per l'attenuante.

La Corte ha risposto con una dichiarazione di inammissibilità, di per sé neutra rispetto al problema sostanziale. La motivazione non è convincente. Certo, la soluzione prospettata dal giudice *a quo* non è una soluzione costituzionalmente obbligata *in assoluto*; proprio come non è obbligata *in assoluto* nemmeno la cornice edittale rimodulata dalla Corte per l'art. 567, 2° comma (o, in passato, per l'oltraggio a pubblico ufficiale o in materia di obiezione di coscienza). Sono però, tutte quante, soluzioni *obbligate nel contingente assetto normativo*, come *unico rimedio tecnicamente possibile* per rotture della razionalità intrinseca del sistema sanzionatorio (violazioni del principio d'eguaglianza/ragionevolezza) determinate dalla irragionevole discontinuità fra cornici edittali. La ricucitura del *continuum*, in coerenza col principio di legalità, non può essere che *in bonam partem*.

Nei casi sopra discussi di bilanciamento fra circostanze, in materia di omicidio o di lesioni, la ricucitura delle fratture negli spazi di discrezionalità sarebbe tecnicamente più complicata. Le discontinuità si collocano *fra il minimo di pena possibile nel caso di prevalenza di aggravanti e il massimo di pena possibile nel caso di prevalenza di attenuanti*. Sul piano tecnico, la questione di legittimità costituzionale si porrebbe nei termini che qui esemplifico con riguardo all'omicidio aggravato ex artt. 576-77, in presenza di attenuanti: illegittimità dell'art. 69 cod. pen., nella parte in cui non consente, nel caso di prevalenza dell'aggravante, di applicare una pena intermedia fra quella prevista per l'omicidio aggravato e il massimo della cornice edittale di base²⁹. In questi termini sarebbe una questione *in bonam partem*: la ricostruzione del *continuum* degli spazi di commisurazione della pena consentirebbe di dare un qualche rilievo alla attenuante pur soccombente.

Avrebbe interesse, la difesa, a sollevare una tale questione? L'effetto di un suo accoglimento potrebbe essere quello di facilitare, nella psicologia del giudicante, un giudizio di prevalenza dell'aggravante: il rischio di un effetto *boomerang*. Più prudente contare sulla divaricazione degli spazi di discrezionalità, come premessa psicologica di un bilanciamento favorevole. L'irrazionalità della disciplina può giocare a favore dell'imputato. Giocava contro, univocamente, nel caso esaminato dalla sentenza n. 148/2016.

Fra le due sentenze costituzionali del 2016 (n. 148 e n. 326) c'è diversità nell'approccio e negli esiti. Azzardo l'ipotesi che possa avere giocato un ruolo un non detto (o un inconscio) sulle valutazioni di politica del diritto. La rimodulazione della cornice edittale dell'art. 567, 2° comma, nella sentenza n. 236, è in linea con l'evoluzione dell'ordinamento e del sentire sociale, già recepita dalle sentenze sulla pena accessoria

²⁹ Per la diminuzione legata al rito abbreviato si porrebbe un problema diverso, di giustificazione della misura della diminuzione secca di un terzo, dichiaratamente al di fuori dei criteri di normale commisurazione della *pena giusta*.

(n. 31/2012, n. 7/2013). La rimodulazione al ribasso del minimo edittale, nella fattispecie base sul traffico di stupefacenti, sarebbe invece apparsa politicamente problematica, collidente con scelte di politica sanzionatoria ponderate (bene o male) dal legislatore in epoca recente.

Politicamente spiegabile, dunque, l'elusione del problema nella sentenza n. 148; ma tecnicamente discutibile. La Corte costituzionale avrà occasione di ritornare sul medesimo problema, riproposto da altre ordinanze di rimessione, con motivazione molto ampia da parte del Tribunale di Rovereto³⁰, che solleva anche la questione della sproporzione per eccesso del minimo edittale di otto anni di reclusione, per un delitto di pericolo; una tesi che, rispetto agli equilibri (o squilibri?) delle vigenti politiche penali, la questione della proporzione prospetta un capovolgimento di linea politica, ragionevolmente sostenibile e legittimamente discutibile.

La questione della discontinuità entro spazi di discrezionalità commisurativa può e deve essere mantenuta autonoma, come questione di irrazionalità intrinseca del modello normativo, indipendentemente dalle opzioni di politica penale. Mette in discussione pezzi importanti dell'attuale sistema sanzionatorio: non solo limiti minimi edittali, ponderati (bene o male) nella legislazione recente, come nel caso esaminato nella sentenza n. 148/2016; ma anche la disciplina di circostanze ad effetto speciale, e l'istituto del bilanciamento fra circostanze. Vistosi profili di irrazionalità intrinseca si annidano nel trattamento sanzionatorio del delitto per eccellenza, l'omicidio. Senza bisogno di entrare nel campo minato delle politiche penali, è un campo di problemi che merita di essere esplorato a fondo.

7. La misura delle pene edittali come problema politico.

Al di là eventuali limiti del sindacato dei giudici della Consulta, i problemi di misura e struttura delle pene edittali sono problemi che comunque interpellano il legislatore, e hanno a che fare con punti nodali del sistema sanzionatorio. Anche nello spazio libero da vincoli formali si dispiega pienamente la necessità del discorso razionale, cioè della ricerca e del confronto di ragioni diverse, delle quali il giurista può farsi portatore. Le ragioni del diritto debbono giustificarsi come tali, soprattutto là dove sia in gioco l'assunzione di responsabilità per scelte politiche che non possono invocare una posizione privilegiata di fronte a una Costituzione aperta.

Entrambi i campi (reato e pena) di cui si compone il diritto criminale/penale, sono in rapporto con la politica. Il versante dei reati è più razionalizzabile, il mondo delle pene assai meno. Si cerca una legittimazione invocando le tradizionali o moderne teorie della pena, *arma a doppio taglio* (v. Liszt) che al taglio cattivo, il male naturalistico che la definisce, unirebbe (dovrebbe unire) un taglio positivo, variamente individuato dalle varie teorie (il taglio di una giustizia retributiva e/o di una funzionalità di prevenzione generale o speciale).

³⁰ Ordinanza 9 marzo 2016, in G.U.25.5.2016.

Quali ragioni possono servire da guida per una politica penale ragionevole? Lascio qui fra parentesi le questioni relative alle scelte di incriminazione, la cui ragionevolezza è presupposto necessario, ancorché non sufficiente, delle scelte relative alla pena (struttura del sistema delle risposte al reato, sanzioni da prevedere per specifiche figure di reato). È la pena l'aspetto più esposto alla politica contingente, campo di battaglia fra ragioni contrapposte; qualche volta (molte volte) fra ragioni di giustizia ed altre che non lo sono, ma che fanno parte di ciò che interessa la politica. Anche la politica nel senso nobile del termine, con rischi di scivolamento nella bassa politica. Gli usi populistici della legislazione penale, che attraversano stagioni politiche le più diverse³¹, sarebbero inspiegabili se li pensassimo illuministicamente in negativo, come pura irrazionalità. Con malinconico disincanto, dobbiamo guardare al populismo penale come prodotto della democrazia realmente esistente.

Come giuristi, siamo abituati a ragionare sul diritto esistente. Vi ritroviamo schemi concettuali sui quali ci siamo formati, e che condizionano il nostro approccio: concetti, principi, istituti vengono spontaneamente pensati nella forma che hanno nel codice (del 1930!) e che viene tramandata dai moduli normali di trasmissione del sapere giuridico. Teniamo fuori dall'orizzonte della scienza giuridica la dimensione etico-politica delle scelte sanzionatorie. La riflessione sulla pena – sulle pene comminate e le pene applicate – ci sollecita a uscire da questo orizzonte, a porci il problema della ragionevolezza e giustizia di discipline che pure sono oggetto di applicazione di *routine*.

La Corte costituzionale, nel motivare sulla pena prevista per l'oltraggio a pubblico ufficiale, ha parlato (sentenza n. 341/1994) di *disagio dei giudici e della società*; il disagio di giudici, espresso in eccezioni d'incostituzionalità, è di essere “*tenuti a dare risposte sanzionatorie manifestamente eccessive*”. È il disagio che ho provato da giudice ragazzino, sul finire degli anni '60, nella applicazione dell'art. 625 cod. pen., cioè (all'epoca) di aggravanti non bilanciabili per il furto aggravato. È su questo sfondo che nasce la novella del 1974, la prima grossa incrinatura nella parte generale del codice Rocco. Suppongo che il disagio nell'applicare pene ritenute eccessive sia tuttora sentito: le eccezioni di legittimità costituzionale ne sono una spia.

La complessiva situazione spirituale è più variegata. Valutazioni differenziate, anche di molto, sulla giusta misura delle pene attraversano la società, la politica, il mondo dei giuristi teorici e pratici. I legislatori, alla ricerca (legittima) di consenso, tendono a offrire rassicurazione mostrando severità. Largo consenso popolare hanno scelte che nel nostro mondo di giuristi sono oggetto di critiche razionali, mosse con la consapevolezza della complessità dei problemi politici, come hanno evidenziato gli interventi nella discussione sollecitata dal Direttivo della AIPDP, l'associazione dei professori di diritto penale³².

³¹ Un'efficace e preoccupata descrizione in L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 199.

³² Pubblicati in *questa Rivista*, 21 dicembre 2016, col titolo [La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista](#).

Commisurazioni di pene severe mi sembrano leggibili come espressione di un sincero e bene intenzionato moralismo, probabilmente coerente con un sentire diffuso, forse dominante nell'opinione pubblica, che fa da *pendant* a cedimenti dell'etica pubblica.

Come idea guida delle scelte sulla pena, non vedo altro punto di partenza se non l'idea della proporzione, atta a inquadrare il problema di fronte al quale il legislatore si trova: individuare tipi di risposta adeguati per dati tipi di reato. Non necessariamente, e non auspicabilmente, è il punto d'arrivo. Allentamenti del rigore della proporzione possono essere giustificati da ragioni recepite da istituti premiali (attenuanti o cause di non punibilità sopravvenuta) e dall'idea rieducativa, determinante in particolare negli istituti del diritto penitenziario, e in genere negli istituti che diano corpo all'idea della risposta al reato *come percorso*, del quale la sentenza è il punto di partenza³³.

Proporzione come giusta corrispondenza, o limite di giustizia contro una sproporzionata severità punitiva? Sono sviluppi entrambi possibili. Ciò che è categoricamente da escludere è la sproporzione in eccesso: *adsit regula, peccatis quae poenas inroget aequas, ne scutica dignum horribili sectere flagello*³⁴. La formula oraziana (e il complessivo discorso in cui si inserisce) pone in primo piano esigenze di saggia moderazione. Dando per scontata la non proponibilità di un criterio rigido (occhio per occhio), l'idea di proporzione pone l'esigenza di individuare un giusto rapporto, secondo criteri ragionevolmente argomentabili e suscettibili di controllo razionale³⁵.

Nella ricerca di un nuovo volto costituzionale del sistema penale (un sistema storicamente assestato sulla moderna pena detentiva) la pena detentiva è stata vista – a partire dai pionieristici studi di Franco Bricola – in rapporto a ciò su cui incide: la libertà personale. Nella Costituzione italiana – che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo e l'inviolabilità di principio della libertà personale – tipi d'intervento incidenti sulla dignità e libertà non possono giustificarsi se non per necessità di tutela concernenti beni “*se pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, almeno dotati di rilievo costituzionale*”³⁶. Rispetto alla pena detentiva, il problema della *giustificazione* va inteso nel senso più pregnante: l'*enforcement* penalistico consiste in attività che, pur legittime e doverose, sono *conformi a un tipo di delitto contro la libertà personale*. Il criterio della proporzione si specifica come criterio di valutazione di restrizioni di libertà: proporzione fra i costi della restrizione di un diritto in via di principio inviolabile, e i benefici che ci si attende sul piano della difesa della pacifica convivenza³⁷.

Significativo, in questo contesto, il riferimento alla possibilità di sospensione condizionale della pena, valorizzato nell'ordinanza di rimessione e citato nella sentenza n. 236/2016: l'idea rieducativa (la finalità della pena che guarda a interessi del

³³ Rinvio in proposito a D. PULITANÒ, *Sulla pena, cit.*, p. 660s.

³⁴ Orazio, *Satire*, libro I, 3, v. 118-19.

³⁵ Per un quadro d'insieme, A. MERLO, *Considerazioni, cit.*, p. 1427s.

³⁶ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 15.

³⁷ È la strada additata già da Beccaria: “*Fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: è adunque certo che ciascuno non ve ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia, è fatto, ma non già diritto*” (*Dei delitti e delle pene*, §. 1).

condannato) concorre a definire la proporzione (un rapporto accettabile) fra la pena da eseguire e il valore della libertà personale.

Di fondamentale importanza, in questo contesto, mi sembra la considerazione dei *tempi di vita* delle persone. Le misure di pena detentiva dovrebbero lasciare aperta la possibilità di reinserimento anche all'autore di un delitto *dignum horribili flagello* (fuor di metafora, un delitto della massima fascia di gravità, di per sé meritevole – *dignum* – di pena severa). Rispetto alle tariffe penali attuali del legislatore italiano, la considerazione dei tempi di vita dovrebbe portare a un drastico abbassamento. Di fatto, abbiamo a livello legislativo un sistema di pene detentive che, ove mai venissero eseguite, verrebbero ragionevolmente valutate da molti come un carico insostenibile.

Nella giurisprudenza costituzionale, la combinazione fra idea rieducativa e principio d'eguaglianza ha funzionato con apprezzabili risultati. Sul piano della politica del diritto c'è spazio per una valorizzazione maggiore, sia nel diritto penale sostanziale che nel diritto penitenziario. La riflessione sulla dimensione etico-politica delle scelte sanzionatorie deve confrontarsi con la loro irriducibile opinabilità, ed assumersi la responsabilità di argomentazioni nel merito. La questione riguarda non soltanto i detentori di potere, o i supposti esperti, ma tutti gli aventi titolo a entrare nella sfera pubblica, in condizioni di uguale libertà.