

# LA SANZIONE PENALE

a cura di S. Magnanensi e E. Rispoli

## INDICE

### 1) Il principio di legalità della pena

1.1) La riserva di legge.

1.2) La discrezionalità legislativa nella scelta di ricorrere alla sanzione penale (e di depenalizzare)

1.3) La determinazione legale del *quantum* della sanzione: pene fisse e discrezionalità giudiziale nella individualizzazione del trattamento sanzionatorio

### 2) Il sindacato di costituzionalità sul merito delle scelte sanzionatorie

2.1) Il divieto di pronunce additive *in malam partem*

2.2) Il vaglio costituzionale della discrezionalità legislativa

2.2.1) *Proporzionalità fra gravità del fatto e sanzione*

2.2.2) *Parità di trattamento fra fattispecie omogenee*

### 3) Le finalità della sanzione penale

### 4) Il divieto della pena di morte e l'estradiizione

# 1) Il principio di legalità della pena

## 1.1) La riserva di legge.

Il sistema penale italiano si fonda sul fondamentale principio di legalità enucleabile dall'art. 25, secondo comma, Cost., in base al quale la materia *lato sensu* penale può essere regolamentata solo dalla legge (riserva di legge), con norme incriminatrici costruite secondo canoni di specificità e completezza (determinatezza delle fattispecie), e non può avere efficacia retroattiva qualora sia sfavorevole al reo (irretroattività della incriminazione). Solo il legislatore, infatti, può, nel rispetto dei principi della Costituzione, «individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali» (**sentenza n. 447 del 1998**).

Se la legalità opera con riferimento sia al precetto che individua il comportamento vietato, sia alla sanzione che lo punisce, differente è il grado di intensità con cui viene, nei due casi, intesa. La sanzione penale è spesso collegata dalla legge alla trasgressione di una norma emanata da un'autorità amministrativa, o comunque contenuta in un atto non proveniente dal potere legislativo: in questo caso, il principio di legalità è soddisfatto quando sia una legge (o un atto equiparato) dello Stato «a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena» (**sentenza n. 26 del 1966**, ma anche, tra le altre, **n. 113 del 1972 e n. 282 del 1990**). Viceversa, «in ordine all'aspetto della determinazione della sanzione penale», il principio deve essere interpretato «più rigorosamente, nel senso che esso esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale misura debba essere repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente»: ciò in quanto «la dignità e la libertà personali sono [...] beni troppo preziosi perché, in mancanza di un inequivoco disposto costituzionale in tali sensi, si possa ammettere che un'autorità amministrativa disponga di un qualche potere di scelta in ordine ad essi». Così, la legge, se può rimettere al giudice la determinazione in concreto del trattamento, non può rimettere ad altre autorità «di determinare in via normativa, a propria scelta, se sanzionare o no penalmente certe infrazioni e se sanzionarle in una misura e con certe modalità piuttosto che diversamente» (nello stesso senso anche la **sentenza n. 282 del 1990**).

D'altra parte, già con la **sentenza n. 15 del 1962** la Corte aveva definito l'art. 25, secondo comma, Cost. il «fondamento legale della potestà punitiva del giudice», che deve individualizzare la pena ma nel rispetto del «comando della legge»: la legalità «non tende a rendere prevedibile quale sia la sanzione nella quale si incorre per ciascun reato [...], né implica che la legge debba determinare in modo rigido la pena da infliggere in concreto», ma «è nel carattere della sanzione

penale che essa sia prefissata dalla legge in maniera da consentirne l'adeguazione alle circostanze concrete». Nella specie, è stata giudicata non illegittima la norma – art. 14, comma primo, d.lgs. 5 agosto 1947, n. 871 – che prevedeva una pena pecuniaria commisurata al valore del bene oggetto della tutela penale.

In effetti, «il principio di legalità della pena non può prescindere dalla individualizzazione di questa» (**sentenza n. 131 del 1970**), con la conseguenza che è conforme al disposto costituzionale la norma - art. 116 del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 in materia di emissione di assegni a vuoto - che non solo fissa i limiti minimi e massimi della sanzione ma richiede che, per applicare la pena detentiva in aggiunta alla pecuniaria, ricorrano i “casi più gravi”, «il che implica un più vincolato governo del potere discrezionale del giudice».

Ancora, la Corte ha ritenuto conforme al parametro la previsione di cui all'ultima parte del secondo comma dell'art. 195 cod. pen. milit. pace, che prevede, nel caso del militare che commette omicidio volontario o preterintenzionale o lesione personale grave o gravissima ai danni di un inferiore, la possibilità di aumento della pena detentiva prevista per i corrispondenti reati del codice penale. Nella **sentenza n. 203 del 1991**, i Giudici costituzionali hanno, infatti, affermato che «nella disposizione è chiaramente individuato – pur se solo per implicito – il disvalore da considerare ai fini dell'aggravamento di pena e quindi l'ambito entro il quale può esplicarsi la discrezionalità giudiziale», limitata, oltretutto, dal criterio della “rilevanza” della lesione; né a sostegno della violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., può addursi il solo carattere facoltativo dell'aggravante, «perché la discrezionalità, così intesa, risulta coerente al principio di “individualizzazione” delle pene, con il quale quello della loro “legalità” va temperato ed armonizzato».

La riserva di legge in materia penale deve essere intesa come riserva di legge statale: «il potere legislativo penale appartiene soltanto allo Stato, principalmente in virtù di un principio generale che trova fondamento soprattutto nella particolare natura delle restrizioni della sfera giuridica che si infliggono mediante la pena» (**sentenza n. 21 del 1957**), la quale incide «sugli attributi e i beni fondamentali della persona umana, in primo luogo la libertà personale; onde la necessità che tali restrizioni siano da stabilirsi in base a una generale e comune valutazione degli interessi della vita sociale, quale può essere compiuta soltanto dalla legge dello Stato» (così anche la **sentenza n. 90 del 1962**).

La Corte parla, a tal proposito, di una statualità “a doppio titolo”, perché, si legge nella **sentenza n. 487 del 1989**, «statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale è il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale e, così, della vita sociale in libertà, uguaglianza e reciproco rispetto dei soggetti». Non può,

pertanto, accogliersi «l'opinione che l'ordinamento giuridico appresti sanzioni diverse, e cioè diverse tutele, per identici interessi: infatti, o le sanzioni hanno i medesimi fini ed il moltiplicarsi dei mezzi di difesa appare ingiustificato, oppure esse son riferite ad interessi apparentemente eguali ma presi in considerazione sotto diversi profili giuridici, ed in quest'ultima ipotesi l'identità è soltanto apparente».

La necessità che la sanzione penale sia fissata con legge statale si correla, altresì, alla finalità rieducativa di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.: infatti, le pene, a differenza delle misure extrapenali, «sono dalla Costituzione caratterizzate dalla tendenza ad incidere sull'animo, sulla vita del condannato, tutelando, mediante un singolare tipo di prevenzione speciale (la rieducazione), non soltanto questo o quel bene specificamente offeso dal reato, ma anche tutti i beni garantiti dall'ordinamento, e cioè, l'intero ordinamento statale in quanto tende a realizzare una vita in comune democraticamente orientata». Pertanto, se «la criminalizzazione comporta [...] una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società», questa «non può esser realizzata dai consigli regionali (ciascuno per proprio conto) per la mancanza d'una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società»; la scelta dei beni da tutelare attraverso tale tipo di sanzione è rimessa alla discrezionalità legislativa in funzione di uno scopo unitario, «l'assicurazione delle condizioni “minime” del vivere democratico», ed in un'ottica di «sussidiarietà, proporzionalità e frammentarietà» che solo lo Stato è in grado di assicurare.

Ciò non toglie, conclude la pronuncia, che le leggi regionali possano «concorrere a precisare, *secundum legem*, presupposti d'applicazione di norme penali statali» o «disposizioni attuative di leggi statali», sempre che la legge dello Stato abbia già autonomamente effettuato le scelte fondamentali che le competono.

In tale ottica, il principio della riserva penale dello Stato «è osservato quando la Regione, nel regolare una materia di sua competenza, rimanda alla preesistente disciplina penale statale ad essa applicabile» (**sentenza n. 210 del 1972**): così, l'autonomia legislativa regionale «si armonizza con il principio dell'unità dello Stato, nel suo aspetto di unità dell'ordinamento penale» nonché con il principio di eguaglianza di tutti i cittadini. Sulla base di questo assunto, la Corte ha respinto le censure mosse alla previsione, contenuta nell'art. 12 della legge regionale della Valle d'Aosta 8 novembre 1956, n. 6, di estendere le “sanzioni previste dal codice penale” ai contravventori alle norme della legge stessa, dettata per la protezione della flora spontanea nel territorio regionale. Invero, l'articolo censurato, nel richiamare il codice penale, e implicitamente l'art. 734 dello stesso, non ha violato la riserva di legge statale perché, «con lo stabilire la protezione della flora spontanea alpina e col vietare atti valutati come produttivi di distruzione o alterazione [...], riportandosi alle sanzioni previste dal codice penale, la legge regionale non ha creato una nuova fattispecie di reato

in aggiunta a quella prevista dall'art. 734, ma ha individuato una serie di comportamenti che in essa rientrano, specificando il contenuto precettivo della norma».

Quel che le Regioni non possono fare è innovare il sistema penale e introdurre nuove pene: per circoscrivere la portata del principio si è cercato di sostenere che le Regioni potessero garantire l'efficacia delle norme da esse stesse emanate configurando reati esclusivamente collegati con materie di competenza regionale, «in particolare connettendo sanzioni penali con la violazione di quei precetti tecnici, giuridicamente codificati, la cui osservanza sarebbe necessaria al migliore rendimento delle attività considerate» (**sentenza n. 21 del 1957**). Secondo questa linea di lettura, la Regione non innoverebbe il diritto penale “generale” «ma lo integrerebbe con un proprio diritto penale “speciale”, con l’emanazione di norme sanzionatorie complementari, accessorie, integrative, “di rilievo soltanto contravvenzionale” »; in realtà, argomenta la Corte, non solo «non è esatto distinguere tra diritto penale “generale” e diritto penale “speciale”, perché il diritto penale è unico, sia rispetto all’essenza, al contenuto ed alle finalità del magistero punitivo, sia riguardo alla fonte da cui unicamente promana (lo Stato sovrano) ed al sistema con cui soltanto può esserne regolata la disciplina (con legge statale) », ma altresì, non è possibile riconoscere alle Regioni una “parte del potere punitivo dello Stato”, sia pure limitata alle contravvenzioni, «perché il diritto penale comprende anche questa parte» (nella stessa linea anche la **sentenza n. 90 del 1962**).

Né è possibile, conclude la sentenza, “declassare” le sanzioni penali dettate dalle Regioni a sanzioni amministrative, poiché la distinzione fra le due categorie non si fonda tanto o solo sul carattere della materia a cui la norma si riferisce nel comminare la sanzione, ma va piuttosto correlata al carattere intrinseco della sanzione, all’organo che è chiamato ad applicarla, al procedimento da seguire nell’applicazione, alle conseguenze giuridiche che ne derivano.

Il quadro della giurisprudenza costituzionale in materia si compone, però, anche di pronunce che hanno riconosciuto ad alcune Regioni una eccezionale competenza legislativa in ambito penale: si pensi, per esempio, alla **sentenza n. 104 del 1957**, che ha “salvato” l’art. 67 della legge della Regione Siciliana 20 marzo 1951, n. 29, secondo il quale, per le violazioni della suddetta legge, concernente l’elezione dei deputati dell’Assemblea regionale, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni penali delle leggi per l’elezione della Camera dei deputati; in questo caso «si tratta di attribuzione di competenza legislativa di carattere eccezionale, che deroga, per la materia in esame, al principio generale che si ricava dall’art. 25 della Costituzione», in forza dell’art. 3 dello Statuto della Regione, a norma del quale l’Assemblea regionale è costituita da deputati eletti nella Regione a suffragio universale diretto e segreto, secondo la legge emanata dall’Assemblea regionale in base ai principi fissati dalla Costituente in materia di elezioni politiche. Una razionale interpretazione del suddetto articolo statutario porta a ritenere che «l’attribuzione di

competenza ad emanare la legge per le elezioni dei deputati dell'Assemblea regionale, si riferisca alla legge elettorale nel suo complesso, considerata, cioè, nella sua tradizionale struttura, comprendente quindi sia i precetti e i divieti concernenti le operazioni elettorali, sia le disposizioni di carattere penale che [...] vi sono connesse».

Certo è che alle Regioni è precluso anche rendere lecita un'attività che l'ordinamento statale considera illecita e sanziona penalmente (tra le altre, **sentenza n. 213 del 1991**): infatti, se la fonte del potere punitivo risiede solo nella legge statale, «le Regioni non dispongono della possibilità di comminare, rimuovere o variare con proprie leggi le pene previste in data materia; non possono, cioè, interferire negativamente con le norme penali, disciplinando e considerando, quindi, lecita una attività penalmente sanzionata dall'ordinamento nazionale» (**sentenza n. 370 del 1989**). Così, per esempio, nella sentenza da ultimo citata, è stata ritenuta illegittima la norma della Regione Friuli-Venezia Giulia (art. 15, quinto comma, della legge 7 settembre 1987, n. 30) che ha escluso la necessità dell'autorizzazione regionale per alcuni casi di ammasso temporaneo di rifiuti tossici e nocivi, in contrasto con la prescrizione statale che imponeva tale autorizzazione e garantiva l'osservanza dell'obbligo mediante sanzione penale. Alla medesima conclusione la Corte è pervenuta con riferimento alla disposizione della Regione Piemonte (art. 15, terzo comma, della legge 2 maggio 1986, n. 18) che introduceva per la mancanza della menzionata autorizzazione una sanzione di natura amministrativa (**sentenza n. 309 del 1990**).

Interessante è anche il caso di cui alla **sentenza n. 273 del 1995**: l'art. 11, ultimo comma, della legge della Regione Abruzzo 13 luglio 1989, n. 52 prevedeva che l'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria, irrogata per abuso edilizio nel caso in cui l'opera non potesse essere demolita senza pregiudizio per la parte realizzata in conformità al progetto approvato, comportasse l'estinzione del reato *ex art. 22*, ultimo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che concerneva il diverso caso della estinzione delle contravvenzioni previste dalle norme urbanistiche a seguito del rilascio della concessione in sanatoria. In sostanza, la legge regionale faceva scaturire dal pagamento della sanzione amministrativa un effetto estintivo non previsto dalla legislazione statale, che subordinava detto effetto al rilascio della concessione in sanatoria; «la norma denunciata – si legge in motivazione – pur non modificando direttamente il sistema delle sanzioni penali, delineato dalla legge statale, ha però introdotto una regolamentazione del procedimento amministrativo più favorevole per il soggetto privato [...], così da incidere sulla disciplina penalistica», poiché consente l'estinzione delle contravvenzioni urbanistiche nonostante la non conformità dell'opera con gli strumenti urbanistici vigenti al momento della costruzione, e prescinde *in toto* dall'accertamento del danno urbanistico, «da cui soltanto può derivare l'estinzione del reato in forza della corresponsione della sanzione amministrativa inflitta per la violazione».

Con la riforma del titolo V della Carta Costituzionale l'orientamento giurisprudenziale che riservava allo Stato la competenza in materia penale ha trovato espresso riconoscimento nel nuovo testo dell'art. 117, secondo comma, Copst., che, alla lettera l), riserva allo Stato la materia "ordinamento penale". Secondo la **sentenza n. 185 del 2004**, «la "materia penale", intesa come l'insieme dei beni e dei valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, non è di regola determinabile a priori», ma nasce nel momento in cui il legislatore nazionale pone norme incriminative, «e ciò può avvenire in qualsiasi settore, a prescindere dal riparto di attribuzioni legislative tra lo Stato e le Regioni». Evidentemente, «la compressione delle competenze legislative regionali è giustificata quando la legge nazionale sia protesa alla salvaguardia di beni, valori e interessi propri dell'intera collettività tutelabili solo su base egualitaria». Alla luce di tale assunto, la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 17 luglio 2002, n. 17 che, disciplinando l'istituzione di case da gioco nel territorio regionale, introduceva una deroga al divieto generale del gioco d'azzardo, che trovava la sua espressione negli artt. 718 e ss. cod. pen.; detti articoli, punendo l'esercizio del gioco d'azzardo e considerando un'aggravante l'apertura e la gestione di una casa da gioco, sono stati ritenuti espressione non irragionevole della discrezionalità legislativa, poichè rispondevano «all'interesse della collettività a veder tutelati la sicurezza e l'ordine pubblico in presenza di un fenomeno che si presta a fornire l'*habitat* ad attività criminali».

### **1.2) La discrezionalità legislativa nella scelta di ricorrere alla sanzione penale (e di depenalizzare)**

Perché il principio di legalità della pena possa dirsi rispettato, è necessario che il legislatore specifichi le tipologie delle sanzioni ed i relativi contenuti.

A tal proposito, è affermazione costante nella giurisprudenza della Corte quella secondo cui «rientra nella discrezionalità del legislatore sia l'individuazione delle condotte punibili, sia la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni, discrezionalità che può essere oggetto di censura, in sede di scrutinio di costituzionalità, soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto o arbitrario, così da configgere in modo manifesto con il canone della ragionevolezza» (**ordinanza n. 262 del 2005**).

Spetta, quindi, al legislatore stabilire quali comportamenti reprimere, con quale tipo di sanzione ed in che misura e la Corte può entrare nel merito di tali valutazioni solo qualora le giudichi in contrasto con il parametro della ragionevolezza: «il legislatore – si legge nella **sentenza n. 409 del 1989** - non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve [...] circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della [...] libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante», anche se le valutazioni, da cui dipende la decisione

di far ricorso o meno alla sanzione criminale, «attengono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni [...]) che, per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche» e, pertanto controllabili soltanto alla luce del criterio della ragionevolezza.

In primo luogo, viene in rilievo la sindacabilità della decisione di ricorrere, fra le altre, proprio alla sanzione penale, in quanto essa non solo non rappresenta «l'unico strumento attraverso il quale il legislatore può cercare di perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri», ma deve essere considerata una «*extrema ratio*, da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali» (**sentenza n. 317 del 1996**).

Proprio sulla base di tale valutazione, nella sentenza da ultimo citata, è stato ritenuto non irragionevole il limitare la sanzionabilità penale del responsabile della gestione di un acquedotto, nel caso di erogazione di acqua destinata al consumo umano priva dei requisiti richiesti, all'evenienza in cui egli, dopo la comunicazione dell'esito delle analisi, non adotti tempestivamente le misure idonee ad adeguare la qualità dell'acqua (art. 26 della legge 5 gennaio 1994, n. 36).

Ancora, sottolineano i Giudici che «l'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge»: infatti, «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con diverse forme di precetti e sanzioni [...]; chè anzi l'incriminazione costituisce una *extrema ratio*, cui il legislatore ricorre quando [...] lo ritenga necessario per l'assenza o la insufficienza o la inadeguatezza di altri mezzi di tutela» (**sentenza n. 447 del 1998**).

In tale ottica, è stato giudicato in contrasto con il canone della ragionevolezza punire penalmente la c.d. mendicizia non invasiva (art. 670, primo comma, cod. pen.), «non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale» (**sentenza n. 519 del 1995**) per un comportamento che, visto un tempo come pericolo per una ordinata convivenza, è stato poi ripensato dalla coscienza sociale.

Evidentemente, la stessa discrezionalità opera nel momento in cui il legislatore decide di «depenalizzare fatti già configurati come reato» (**ordinanza n. 212 del 2004**). Anche in questo caso, l'intervento normativo deve essere, però, effettuato con ragionevolezza: per esempio, nella pronuncia da ultimo citata si è stabilito che «escludere dalla depenalizzazione il reato di guida in stato di ebbrezza, anche quando si tratti di veicolo per il quale non è prescritta l'abilitazione alla



guida, non può essere ritenuto palesemente irrazionale ed arbitrario sulla base della mera valutazione del giudice *a quo* circa l'asserita minore pericolosità di tale condotta rispetto a quella – inclusa, per contro, nell'area della depenalizzazione - di guida senza patente»; ciò in quanto lo stato di ebbrezza «non equivale ad una qualsiasi carenza di requisiti fisici e psichici per la guida [...] ma integra una situazione speciale e particolarmente qualificata di inidoneità alla guida, suscettibile di provocare un accentuato allarme sociale» (nello stesso senso, per la guida in stato di alterazione dovuto all'uso di sostanze stupefacenti v. l'**ordinanza n. 144 del 2001**).

Di particolare interesse è la **sentenza n. 52 del 1996**, con la quale la Corte ha considerato costituzionalmente illegittimo l'art. 15, comma 17, della legge 10 dicembre 1993, n. 515, che puniva penalmente la condotta di uso di altoparlante collocato su un'automobile per propaganda elettorale nei trenta giorni precedenti la data fissata per l'elezione al Parlamento europeo. In un contesto di complessiva decriminalizzazione delle figure di reato in materia di propaganda elettorale operato dalla legge n. 515 citata – si legge in motivazione - è rimasta in vigore la previsione della sanzione penale, «per una probabile dimenticanza del legislatore»: però, «non si può intraprendere una iniziativa di decriminalizzazione – che presenta carattere omogeneo nelle previsioni, nel bene tutelato e nelle sanzioni irrogabili – senza completarne in modo coerente le statuizioni, pena l'arbitrarietà di quelle non uniformi».

Ad una declaratoria di illegittimità è pervenuta anche la **sentenza n. 287 del 2001**, che ha censurato l'art. 29, comma 5, della legge 25 marzo 1993, n. 81 ove stabiliva che, in occasione delle campagne elettorali per le elezioni amministrative, la mancata indicazione del nome del committente responsabile sulle pubblicazioni di propaganda elettorale di cui al comma 3 venisse sanzionata penalmente e non in via amministrativa. Nella specie, il rimettente aveva evocato quale *tertium comparationis* la corrispondente condotta tenuta in occasione delle campagne elettorali per le elezioni politiche, per la quale era prevista una sanzione amministrativa pecuniaria, e la Corte ha convenuto che «la prospettata diversità della disciplina sanzionatoria in riferimento a condotte sostanzialmente identiche» fosse ingiustificata, «tanto più irrazionale [...] nel contesto delle modificazioni legislative [...] e nel quadro di depenalizzazione degli illeciti in materia di propaganda elettorale» di cui alla già citata legge n. 515 del 1993.

In tempi più recenti, con la **sentenza n. 426 del 2004**, i Giudici, nel pronunciare l'incostituzionalità dell'art. 171-*octies* della legge 22 aprile 1941, n. 633 che, limitatamente ai fatti commessi dalla sua entrata in vigore sino alla legge 7 febbraio 2003, n. 22, punisce con la sanzione criminale l'uso privato di apparati atti alla decodificazione di trasmissioni audiovisive ad accesso condizionato effettuate via etere, via satellite, via cavo, in forma sia analogica che digitale, hanno evidenziato la irragionevole distonia del sistema, che prevedeva una sanzione penale per

comportamenti di pari o minore gravità rispetto a quelli per i quali era stata introdotta una sanzione amministrativa.

Ed ancora, nell'**ordinanza n. 262 del 2005** è stato considerato non in contrasto con il parametro della ragionevolezza la scelta del legislatore della legge 29 marzo 2001, n. 135 di ripristinare la sanzione penale rispetto alla violazione dell'art. 109 (omessa comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza, ad opera del gestore di struttura ricettiva, delle generalità delle persone alloggiate), considerando non omogenee le fattispecie indicate a *tertia comparationis*, ossia l'obbligo di munirsi di licenza per l'esercizio dell'attività alberghiera e l'obbligo, per chi intenda esercitare l'attività di affittacamere, di provvedere a una preventiva dichiarazione all'autorità locale di pubblica sicurezza, che può vietare l'attività per motivi di ordine o sicurezza. Tali ipotesi, infatti, sono eccentriche, poiché si riferiscono «ai presupposti per l'esercizio dell'attività alberghiera, che è espressione di libera iniziativa economica», mentre l'obbligo di comunicazione contestato investe una modalità di svolgimento di tale attività che si correla, con immediatezza, «a specifiche esigenze di sicurezza pubblica, essendo volto a consentire all'autorità di polizia la più rapida cognizione dei nominativi degli ospiti dell'albergo».

La discrezionalità del legislatore si estende anche alla scelta della tipologia e della entità delle sanzioni accessorie: in tema di confisca obbligatoria dei ciclomotori utilizzati per commettere un reato la **sentenza n. 345 del 2006** ha ritenuto la normativa censurata - ossia l'art. 213, comma 2-*sexies*, del d.lgs. n. 285 del 1992, introdotto dal decreto-legge 30 giugno 2005, n. 115, nel testo risultante dalla legge di conversione 17 agosto 2005, n. 168 - immune dal prospettato vizio di irragionevole disparità di trattamento fra motociclisti ed automobilisti, «considerata la coerenza tra il contenuto della norma e la finalità perseguita attraverso la sua previsione». Non è irragionevole la scelta «di prevedere una più intensa risposta punitiva, allorché un reato sia commesso mediante l'uso di ciclomotori e motoveicoli, con riferimento all'adozione di una sanzione accessoria, quale è la confisca, idonea a scongiurare la reiterata utilizzazione illecita del mezzo», soprattutto qualora sussista «un rapporto di necessaria strumentalità tra l'impiego del veicolo e la consumazione del reato». Con argomentazioni analoghe la Corte (**ordinanza n. 125 del 2008**) ha dichiarato manifestamente infondata la questione avente ad oggetto l'art. 213, comma 2-*sexies*, suddetto nel testo precedente la modifica introdotta con il d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito nella legge 24 novembre 2006, n. 286, che prevedeva la confisca dei ciclomotori anche nel caso di alcune infrazioni amministrative (quelle di cui agli artt. 169, commi 2 e 7, 170 e 171 del codice della strada).

### 1.3) La determinazione legale del *quantum* della sanzione: pene fisse e discrezionalità giudiziale nella individualizzazione del trattamento sanzionatorio

Il postulato della legalità della pena richiede, come detto, oltre che una preventiva determinatezza da parte della legge del *quomodo* (ovvero della tipologia e del contenuto delle diverse opzioni sanzionatorie), e dell'*an* della sanzione (ovvero della definizione legale dei criteri attraverso i quali vincolare il potere discrezionale dell'organo giudicante nella scelta relativa all'eventuale superamento della sanzione, o più correttamente della sottoponibilità a pena), anche del *quantum* della stessa per sottrarre al totale arbitrio del giudice la determinazione dell'entità della sofferenza ovvero della compressione della libertà individuale connessa all'inflizione della condanna.

In questo contesto si colloca, innanzitutto, la problematica della legittimità costituzionale delle pene fisse, esaminata dalla Corte Costituzionale per la prima volta con la **sentenza n. 67 del 1963**, che ha rappresentato un punto di riferimento per le delibazioni successive. Con tale pronuncia i Giudici hanno affermato la legittimità delle pene fisse (nella specie si trattava di pene pecuniarie) fondandosi su due argomenti. Da un lato, si è negato che l'art. 27, primo comma, Cost. imponga al legislatore di determinare la pena in misura variabile tra un minimo ed un massimo, così da consentire al giudice di adeguarla alle condizioni personali del colpevole, in quanto la formula adoperata della "responsabilità personale" «vuole affermare il legame esclusivo ed indissolubile fra le conseguenze penali che l'ordinamento giuridico fa derivare dal reato e la persona che quel reato ha posto in essere, e non investe, quindi, il rapporto di adeguazione del trattamento penale inflitto alle condizioni proprie del soggetto». Dall'altro, si afferma che l'esigenza dell'adeguamento della pena alle condizioni personali del reo rimane soddisfatta ove il sistema penale consenta al giudice di potere valutare le varie modalità presentate dalle singole attività criminose, e di procedere ad una graduazione delle sanzioni attraverso l'applicazione di talune circostanze, e in particolare di quelle generiche *ex art. 62 bis cod. pen.*, allorché egli ritenga di dover diminuire la pena. Sulla stessa linea si colloca la **sentenza n. 167 del 1971**, con la quale la Corte, dopo aver rilevato che nella fattispecie – si trattava della pena pecuniaria proporzionata alla quantità di tabacco oggetto di contrabbando (*ex art. 1 legge n. 27/51*) in relazione alla quale il giudice *a quo* aveva dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento alla rigidità della pena ed alla mancanza di un limite massimo – la modalità della pena consentiva al giudice un certo adeguamento alle circostanze oggettive e soggettive del reato, soggiungeva che, in ogni caso, «l'emenda del reo non può riuscire compromessa per la sola circostanza del carattere di rigidità della pena [...]: la misura della quale è rimessa, comunque, alla valutazione discrezionale del

legislatore, per cui, sotto questo profilo, sfugge al controllo di legittimità l'indagine sulla sua efficacia rieducativa».

In seguito, la Corte, chiamata a pronunciarsi di nuovo su una pena fissa, ha abbandonato il tono rigido dei precedenti assumendo la tesi che assumeva come costituzionalmente imposta una commisurazione "individualizzata" della sanzione punitiva; ciò in quanto l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti contribuisce a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma, Cost. e, nello stesso tempo, è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile "finalizzata", nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma, Cost. (**sentenza n. 50 del 1980**). Sulla base di queste premesse, i Giudici hanno affermato che, «in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale; ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente "proporzionata" rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato». Nel concreto, la Corte ha rilevato che una norma, che prevede una pena assolutamente fissa per chiunque circoli con un veicolo che superi il peso complessivo a pieno carico consentito, non è illegittima, nonostante sia evidente che il fatto può assumere livelli di gravità molto diversi, essere realizzato con dolo o con colpa, essere posto in essere da soggetti con precedenti e capacità a delinquere diversissime. Ancora, nell'**ordinanza n. 475 del 2002**, si è evidenziato che i limiti costituzionali alla previsione di risposte punitive rigide di cui alla sentenza n. 50 del 1980 non vengono in rilievo nell'ipotesi della sanzione comminata per il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, pari ad una pena pecuniaria fissa per ogni grammo convenzionale di prodotto. Invero, la possibilità di comminare, nel caso in cui il quantitativo ecceda i dieci chilogrammi convenzionali, detta pena pecuniaria congiuntamente ad una pena detentiva, con una forbice edittale di ampiezza significativa (reclusione da due a cinque anni), offre infatti al giudice un consistente margine di adeguamento della sanzione alle particolarità del caso concreto, cosicché deve escludersi che, nella specie, la pena edittale possa, nel suo complesso, considerarsi fissa. Più di recente, la Corte ha osservato che l'affermazione, contenuta nella sentenza n. 50 del 1980, circa la tendenziale contrarietà delle pene fisse «al volto costituzionale» dell'illecito penale debba intendersi riferita alle pene fisse nel loro complesso e non ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete (**ordinanza n. 91 del 2008**).

La problematica della legittimità costituzionale delle pene fisse è stata affrontata anche con riguardo alle sanzioni amministrative. Nel merito, però, la questione è stata dichiarata manifestamente infondata sulla considerazione, tra le altre, che il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concernendo esclusivamente quelle penali, riguardo alle quali, come indicato, è stata esclusa la incostituzionalità di una loro eventuale determinazione in misura fissa (**ordinanza n. 159 del 1994**).

In questo panorama, si inserisce la **sentenza n. 299 del 1992**, con la quale la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare la discrezionalità nell'applicazione concreta della pena non sotto il profilo della eccessiva rigidità della sanzione astrattamente prevista, ma sotto quello della sua eccessiva elasticità. Nella specie si trattava dell'art. 122 c.p.m.p., che prevedeva il reato di violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata, punito con la reclusione militare non inferiore a due anni.

I giudici delle leggi sono pervenuti ad una declaratoria di incostituzionalità della suddetta previsione, sulla base delle argomentazioni che seguono. Il principio di legalità della pena non impone al legislatore di determinare in misura fissa e rigida la pena da irrogare per ciascun tipo di reato, in quanto lo strumento più idoneo al conseguimento delle finalità della pena e più congruo rispetto al principio di uguaglianza è la predeterminazione della pena medesima da parte del legislatore fra un massimo e un minimo ed il conferimento al giudice del potere discrezionale di determinare in concreto, entro tali limiti, la sanzione da irrogare, al fine di adeguare quest'ultima alle specifiche caratteristiche del singolo caso. Mediante la determinazione legislativa dei limiti edittali della pena, precisa la Corte, «viene assegnato al giudice il compito di "proporzionare" la sanzione concreta non già al proprio giudizio di disvalore sul fatto previsto dalla legge come reato, ma alla scala di graduazione individuata dal minimo e dal massimo edittali, tenendo conto della volontà del legislatore di comminare il minimo a quelli, tra i casi riconducibili alla medesima fattispecie astratta, che siano connotati da minor gravità e presentino minori indici di capacità a delinquere, e di comminare, d'altra parte, il massimo edittale ai casi che, in base agli elementi di cui all'art. 133 cod. pen., rivestono maggior gravità ed in cui siano ravvisabili indici di maggiore pericolosità personale». Ciò significa che se la pena è indeterminata nel massimo, o esiste comunque un divario eccessivo e irragionevole fra minimo e massimo edittale, come tale inidoneo ad evidenziare la scelta legislativa in ordine alla gravità astratta del reato, il giudice nella determinazione concreta della pena rischia di sostituire arbitrariamente la sua valutazione a quella del legislatore, con violazione sostanziale del principio di riserva di legge. In questa prospettiva, la Corte ha, dunque, rilevato che «il principio di legalità richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo ed 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 che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta». In caso contrario, si legge ancora nella motivazione, «la predeterminazione legislativa della misura della pena diverrebbe soltanto apparente ed il potere conferito al giudice si trasformerebbe da potere discrezionale in potere arbitrario».

Lo strumento più congruo, dunque, risulta essere la predeterminazione di una cornice edittale entro la quale si possa legittimamente esercitare la discrezionalità giudiziale (**sentenza n. 15 del 1962**). Risponde anzi alle esigenze del sistema penale che allo stesso giudice sia conferita una certa discrezionalità fra il minimo e il massimo previsto dalla legge nell'attribuzione della pena, al fine della sua determinazione in concreto. Nell'esercizio di tale potere discrezionale il giudice deve tener conto, al fine di valutare la gravità del reato e la capacità a delinquere del colpevole, di elementi attinenti alla personalità del reo desunti dal suo carattere, dalla sua vita e dalla sua condotta, anche anteriore al commesso reato, e persino dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale di lui (**sentenza n. 104 del 1968**).

La discrezionalità del legislatore assume ancora più rilievo nell'ipotesi in cui - come nelle sottofattispecie ricomprese nell'art. 5, sesto comma, della legge n. 110 del 1975 - essendoci un notevole divario tra il limite minimo e quello massimo della pena edittale, è consentito al legislatore di includere in uno stesso modello di genere una pluralità di sottofattispecie diverse per struttura e disvalore. In questi casi, infatti, poiché «la discrezionalità di cui agli artt. 132 e 133 c.p., prima di riguardare la colpevolezza o le qualità del singolo soggetto attivo del reato (e cioè caratteristiche relative al singolo, individuale, irripetibile fatto) attengono all'oggettiva qualità e quantità anti-giuridica del fatto stesso, sarà il giudice a fare emergere la differenza tra le varie sottospecie risultante dal loro diverso disvalore oggettivo ed a graduare su questa base, nell'ambito dei minimi edittali, la pena da irrogare in concreto». (**sentenza n. 285 del 1991**). Tale rilievo, secondo la Corte, deve però essere correttamente inteso. Non se ne può arguire, innanzitutto, che il giudice non possa applicare i minimi edittali alla (o alle) sottofattispecie più gravi, quando a tale conclusione conduca la complessiva considerazione delle particolarità oggettive e soggettive del caso singolo. Inoltre, esso non può essere dilatato fino al punto da tradursi in sovvertimento del rapporto tra il principio della riserva alla legge del trattamento sanzionatorio e quello dell'individualizzazione della pena. In linea di principio, infatti, l'individuazione del disvalore oggettivo dei fatti - reato tipici, e quindi del loro diverso grado di offensività, spetta al legislatore; mentre al giudice compete di valutare le particolarità del caso singolo onde individualizzare la pena, stabilendo in base ad esse, nella cornice posta dai limiti edittali, quella adeguata in concreto. Gli stessi principi sono ribaditi a proposito del reato di plurima sottoscrizione di liste per le elezioni amministrative, il cui trattamento

sanzionatorio era stato sospettato di incostituzionalità per la scelta di prevedere un'unica pena fissata solo nel massimo in relazione a diverse ipotesi criminose (**sentenza n. 84 del 1997**). Negli stessi termini si vedano le **ordinanze nn. 209 e 279 del 1999**.

Da ultimo, sempre con riferimento alla discrezionalità del giudice, è opportuno rammentare anche la **sentenza n. 192 del 2007** nella quale si esamina la conformità a Costituzione della nuova disciplina del giudizio di comparazione fra circostanze introdotta dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e precisamente del nuovo testo dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., contestato ove stabilirebbe il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata, di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. Le censure dei rimettenti partono dalla premessa che la norma denunciata avrebbe determinato una indebita limitazione del potere-dovere del giudice di adeguamento della pena al caso concreto, una sorta di «“automatismo sanzionatorio”, correlato ad una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità sociale del recidivo reiterato», in quanto «il fatto che il colpevole del nuovo reato abbia riportato due o più precedenti condanne per delitti non colposi [...] farebbe inevitabilmente scattare il meccanismo limitativo degli esiti del giudizio di bilanciamento tra circostanze [...]: con l'effetto di “neutralizzare” – anche quando si sia in presenza di precedenti penali remoti, non gravi e scarsamente significativi in rapporto alla natura del nuovo delitto – la diminuzione di pena connessa alle circostanze attenuanti concorrenti». Tale assunto poggia, a sua volta, sul presupposto che, a seguito della legge n. 251 del 2005, la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria e non possa essere discrezionalmente esclusa dal giudice.

La Corte ha, però, dichiarato inammissibili le questioni proposte affermando che «quella che i rimettenti danno per scontata non rappresenta [...] l'unica lettura astrattamente possibile del vigente quadro normativo». Invero, secondo una prima interpretazione, la obbligatorietà della recidiva reiterata si desumerebbe dalla lettera dell'art. 99, quarto comma, cod. pen., in cui l'utilizzazione, «con riferimento al previsto aumento di pena, del verbo essere all'indicativo presente (“è”) – in luogo della voce verbale “può”, che compariva nel testo precedente e che figura tuttora nei primi due commi dello stesso art. 99 cod. pen. – indurrebbe a ritenere che il legislatore abbia inteso ripristinare [...] il regime di obbligatorietà preesistente alla riforma attuata dal decreto legge 11 aprile 1974, n. 99»; nondimeno, secondo altra linea esegetica, il nuovo testo della legge potrebbe anche essere letto «nel diverso senso che l'indicativo presente “è” si riferisca, nella sua imperatività, esclusivamente alla misura dell'aumento di pena conseguente alla recidiva pluriaggravata e reiterata – aumento che, a differenza che per l'ipotesi della recidiva aggravata, di cui al secondo comma dell'art. 99 cod. pen, il legislatore del 2005 ha voluto rendere fisso, anziché variabile tra un minimo ed un massimo – lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso», e ciò in considerazione del fatto che la recidiva reiterata e quella pluriaggravata altro non sono se non «mere *species* della figura generale di cui al primo comma dell'art. 99 cod. pen.». La conferma dell'esattezza di tale interpretazione, secondo i suoi fautori, si trarrebbe anche dal fatto che l'unica previsione espressa di obbligatorietà della recidiva presente

nell'art. 99 suddetto è quella di cui all'attuale quinto comma, che prevede l'aumento di pena obbligatorio solo laddove si tratti di uno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen.

A ciò si aggiunga, si è osservato ancora nella sentenza, che, «nei limiti in cui si escluda che la recidiva reiterata sia divenuta obbligatoria, è possibile ritenere [...] che venga meno, *eo ipso*, anche l' "automatismo" oggetto di censura, relativo alla predeterminazione dell'esito del giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee sulla base di un'asserita presunzione assoluta di pericolosità sociale», poiché il giudice applicherà l'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio criminoso concretamente significativo sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo.

## **2) Il sindacato di costituzionalità sul merito delle scelte sanzionatorie**

### **2.1) Il divieto di pronunce additive *in malam partem***

Per giurisprudenza costituzionale costante, il secondo comma dell'art. 25 Cost., «nell'affermare il principio che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l'effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti» (**sentenza n. 161 del 2004**; ma anche, negli stessi termini, **ordinanze n. 317 e n. 580 del 2000**).

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



Di interesse è la **sentenza n. 508 del 2000** nella quale, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 402 cod. pen. in tema di vilipendio della religione dello Stato, in quanto viola i principi fondamentali di eguaglianza dei cittadini senza distinzione di religione e di uguale libertà davanti alla legge di tutte le confessioni religiose, viene evidenziato che, «sebbene il ripristino dell'uguaglianza violata possa avvenire non solo eliminando del tutto la norma che determina quella violazione ma anche estendendone la portata per ricomprendervi i casi discriminati», questa seconda soluzione non è praticabile, poiché ad essa osta «la particolare riserva di legge stabilita dalla Costituzione in materia di reati e pene».

Più di recente, va ricordata la **sentenza n. 49 del 2002**, che ha esaminato la presunta disparità di trattamento determinata dal d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 fra la condotta di emissione di false fatture (sanzionata penalmente come delitto consumato) e quella di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti. Il giudice rimettente chiedeva alla Corte di rimuoverla «tramite un riequilibrio *in malam partem* del rispettivo regime sanzionatorio», così da permettere, attraverso la ablazione delle disposizioni censurate, di riconoscere rilievo penale anche alla condotta di utilizzazione, *in primis* nella forma della annotazione nelle scritture contabili. Tuttavia, tale intervento, non soltanto determinerebbe l'ampliamento dell'ambito applicativo di norme incriminatrici, «con un effetto che non può in linea di principio conseguire ad una pronuncia della Corte, a fronte della riserva di legge sancita dall'art. 25, secondo comma, Cost. », ma implicherebbe, altresì, «un riassetto del sistema penale tributario, secondo una linea di politica criminale autonoma e contrapposta rispetto a quella adottata dal legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità».

Successivamente, nella **sentenza n. 161 del 2004**, i Giudici delle leggi hanno escluso di poter adottare una pronuncia, quale quella richiesta dai rimettenti, che avrebbe comportato l'estensione dell'ambito di applicazione delle false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 cod. civ.: «resta comunque una scelta sottratta al sindacato di questa Corte, la quale non potrebbe, senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore, sovrapporre ad essa [...] una diversa strategia di criminalizzazione, volta ad ampliare l'area di operatività della sanzione prevista dalla norma incriminatrice».

Da ultimo, l'**ordinanza n. 164 del 2007**, nel dichiarare manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 nella parte in cui, sostituendo l'art. 99 cod. pen., ha limitato la recidiva ai soli delitti non colposi, escludendo così che gli aumenti di pena per essa previsti possano applicarsi a chi commetta una contravvenzione, ha ribadito l'impossibilità di un intervento che si tradurrebbe in una pronuncia additiva *in malam partem*, comportando l'estensione dell'ambito applicativo di un istituto, la recidiva, che implica una

serie di effetti negativi per il reo: «un simile intervento – precisa l’ordinanza – è precluso dal principio della riserva di legge, sancito dall’art. 25, secondo comma, Cost., [...] principio che, demandando in via esclusiva al legislatore la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, impedisce alla Corte [...] anche di incidere *in peius* sulla risposta punitiva o su aspetti comunque inerenti alla punibilità».

Alla impossibilità per la Corte di determinare, attraverso le sue pronunce, conseguenze pregiudizievoli per l’imputato, si correla il tema della sindacabilità costituzionale delle c.d. norme penali di favore, che richiama il principio di irretroattività della norma sfavorevole enunciato, anch’esso, dal secondo comma dell’art. 25 Cost.

Secondo una linea ermeneutica prevalente in passato (espressa, per esempio, dalle **sentenze n. 91 del 1979, n. 122 del 1977, n. 85 del 1976 e n. 25 del 1975**), i Giudici costituzionali consideravano l’impugnativa di tali norme inammissibile per difetto di rilevanza, considerato che, in base al disposto dell’art. 25, secondo comma, Cost. e dell’art. 2 cod. pen., il giudice sarebbe stato comunque tenuto ad applicare alla fattispecie concreta la disposizione impugnata, pena la violazione del principio di irretroattività delle incriminazioni (ossia, nella specie, la disposizione più sfavorevole previgente che riprende vigore in seguito alla declaratoria di illegittimità della norma di favore).

Con la fondamentale **sentenza n. 148 del 1983** viene attuato un deciso e definitivo *revirement*. Se è vero che «nessun soggetto, imputato di aver commesso un fatto del quale una norma penale abbia escluso l’antigiuridicità, potrebbe venire condannato [...] per il solo effetto d’una sentenza [...] che dichiarasse illegittima la norma stessa», ciò non toglie che la Corte possa e debba estendere il suo sindacato a tali tipologie di leggi, poiché diversamente opinando si finirebbe per «creare zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all’interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile». A ciò si aggiunga che non è esatto affermare la irrilevanza nel giudizio *a quo* di una decisione avente ad oggetto norme di favore, dal momento che non solo «l’eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze», ma la decisione della Corte «non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la *ratio decidendi*». Senza dimenticare che la tesi secondo cui le questioni concernenti norme penali di favore non sarebbero mai pregiudiziali «muove da una visione troppo semplificante delle pronunce» della Corte, poiché all’alternativa fra accoglimento, nei termini indicati dall’ordinanza di rimessione, e rigetto sulla base della interpretazione del rimettente, si aggiunge la possibilità di una «sentenza interpretativa di rigetto» o di «una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l’ordinanza di rimessione».

Successivamente a questa pronuncia i Giudici delle leggi sono tornati sul tema, confermando il proprio orientamento. A titolo esemplificativo può essere qui menzionata la **sentenza n. 394 del 2006**, con la quale sono stati affrontati i dubbi di costituzionalità degli artt 90, terzo comma, del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570 e 100, terzo comma, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, come sostituiti, rispettivamente, dall'art. 1, comma 2, lettera a), numero 1) e dall'art. 1, comma 1, lettera a) della legge 2 marzo 2004, n. 61, contestati, in particolare per contrasto con l'art. 3 Cost., laddove puniscono con l'ammenda da 500 a 2000 euro chi commette uno dei reati di falso previsti dai Capi III e IV del Titolo II del Libro secondo del codice penale aventi ad oggetto l'autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori o candidati nonché chi forma falsamente liste di elettori o candidati.

La sentenza muove dall'inquadramento delle disposizioni impugnate nell'alveo delle norme penali di favore, definite come quelle che «"sottraggono" una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», che sia compresente nell'ordinamento, «rimanendo escluso che detta qualificazione possa esser fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente ed una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva».

La Corte ricostruisce l'assetto delle incriminazioni in materia elettorale, sottolineando le modifiche apportate dalla legge n. 61 del 2004: il secondo comma degli artt. 100 e 90 citati continua a prevedere come delitto, punito con la reclusione, sia la falsa formazione e l'alterazione di schede o altri atti destinati alle operazioni elettorali, sia la sostituzione, soppressione o distruzione dei medesimi, sia l'uso, effettuato scientemente, di atti falsificati o alterati o sostituiti; per contro, il terzo comma degli stessi articoli ha estrapolato dal corpo delle originarie figure delittuose i falsi concernenti le liste di elettori o candidati, trasformandoli in contravvenzioni punite con la sola ammenda da 500 a 2000 euro: pertanto, tale terzo comma ha sottratto sia la fattispecie di chiunque commette uno dei falsi di cui ai Capi III e IV del Titolo VII del Libro secondo del codice penale, aventi ad oggetto l'autenticazione delle sottoscrizioni di liste di elettori o candidati, sia l'ipotesi di chi forma falsamente liste di elettori o candidati, «dall'ambito applicativo di norme più ampie, compresenti nell'ordinamento, [...] allo scopo e con l'effetto di riservare loro un trattamento sanzionatorio (sensibilmente) più mite di quello altrimenti stabilito da tali norme».

Alla luce di tali considerazioni, appare evidente che le norme censurate debbono essere qualificate come norme penali di favore, con la conseguenza che esse sottostanno al principio di retroattività di cui all'art. 2, comma 4, cod. pen. e debbono essere applicate ai fatti commessi anteriormente alla loro entrata in vigore.

Argomentano i Giudici costituzionali che «il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole»: infatti, mentre «quest'ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo della esigenza della “calcolabilità” delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta», non altrettanto può dirsi per la retroattività della legge favorevole, che «non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore sia era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo».

Così, se il fondamento costituzionale della irretroattività della legge sfavorevole deve essere rinvenuto nel disposto dell'art. 25, secondo comma, Cost., la retroattività della norma di favore si ancora al principio di eguaglianza, «che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice», nonostante si tratti di fatti che, sia pur identici nella loro materialità, diversi sono sul piano della “rimproverabilità”. Pertanto, «il principio della retroattività *in mitius* è legato [...] ad una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge dal complessivo tessuto dei precetti costituzionali», con la conseguenza che «la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge [...], quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore [...] reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati». Da ciò consegue che, se la valutazione del legislatore cambia, «tale mutamento deve riverberarsi a vantaggio anche di coloro che abbiano posto in essere il fatto in un momento anteriore».

Un altro aspetto viene, infine, sottolineato: il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza «ne segna, peraltro, anche il limite», poiché, a differenza della irretroattività della norma penale sfavorevole – assolutamente inderogabile – «detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli». Inoltre, evidenzia ancora la Corte, in relazione al caso di specie, tale principio «in tanto è destinato a trovare applicazione, in quanto la norma sopravvenuta sia, di per sé, costituzionalmente legittima», perché il nuovo apprezzamento del disvalore del fatto può giustificare la retroattività del trattamento più favorevole solo ove «quella nuova valutazione non contrasti essa stessa con i precetti della Costituzione».

## 2.2) Il vaglio costituzionale della discrezionalità legislativa

L'adeguatezza della risposta sanzionatoria ai reati contenuti offensivi delle fattispecie incriminatrici è stata più volte oggetto di sindacato da parte della Corte costituzionale, sotto i due profili della sussistenza di un rapporto proporzionale tra il fatto commesso e la sanzione per lo stesso prevista e della eguaglianza di trattamento tra fattispecie assimilabili.

### 2.2.1) Proporzionalità fra gravità del fatto e sanzione

Il sindacato della Corte sull'esercizio non arbitrario della discrezionalità legislativa in materia penale ha ad oggetto, *in primis*, il rapporto di proporzionalità fra la gravità del crimine e l'entità della sanzione che ad esso si correla: infatti, il principio d'uguaglianza «esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali» (**sentenza n. 409 del 1989**) e la proporzionalità equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) con la tutela dei beni e dei valori offesi dalle predette incriminazioni, e vanificano la finalità di rieducazione di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. Su questa problematica di estremo rilievo è la **sentenza n. 341 del 1994**, che ha dichiarato incostituzionale la previsione del delitto di oltraggio (art. 341, primo comma, cod. pen.): premesso che «in altri Paesi europei di democrazia matura non solo non esistono, per le ipotesi corrispondenti, pene così severe, ma è quasi sempre ignorato lo stesso reato di oltraggio» e che «la previsione di sei mesi di reclusione come minimo della pena e quindi come pena inevitabile anche per le più modeste infrazioni non è consona alla tradizione liberale italiana né a quella europea», l'*unicum* introdotto dal cod. pen. del 1930 era «il prodotto di una concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini tipica di quell'epoca storica [...], concezione che è estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana».

Pertanto, il necessario «bilanciamento di interessi che presiede alla determinazione della misura della pena non può [...] non tenere conto del mutato assetto di questo rapporto»: allora, «la rigidità e severità del minimo edittale previsto dal legislatore del 1930 e ancora vigente è frutto di un bilanciamento ormai manifestamente irragionevole tra tutela dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale (e del buon andamento della pubblica amministrazione) anche nei casi di minima entità, e quello della libertà personale del soggetto agente». E se è vero che la plurioffensività dell'oltraggio può giustificare un trattamento più severo di quello riservato all'ingiuria, ciò non toglie che, nei casi più lievi, il prestigio della pubblica amministrazione sia colpito in modo tanto

irrisorio da non giustificare che la pena minima debba essere necessariamente dodici volte superiore a quella prevista per l'ingiuria.

E' evidente, si legge nella **sentenza n. 313 del 1995**, che «l'apprezzamento in ordine alla manifesta irragionevolezza della quantità o qualità della pena comminata per una determinata fattispecie incriminatrice finisce, dunque, per saldarsi intimamente alla verifica circa l'effettivo uso del potere discrezionale, nel senso che, ove uno o più fra i valori che la norma investe apparissero sviliti al punto da risultare in concreto compromessi ad esclusivo vantaggio degli altri, sarà la stessa discrezionalità a non potersi dire correttamente esercitata».

Emblematica è la giurisprudenza costituzionale che si è occupata di alcune figure criminose contemplate dal cod. pen. militare di pace. La **sentenza n. 26 del 1979**, nell'accogliere le censure mosse all'art. 186 che stabiliva la pena dell'ergastolo per l'omicidio tentato contro un superiore, ha stigmatizzato il fatto che la norma impugnata "appiattisse" in un'unica ipotesi delittuosa distinte condotte tipiche, «nettamente differenziate nei loro elementi oggettivi e soggettivi», ipotesi le cui differenze vengono annullate, «assumendosi che la violenza contro il superiore, quale che sia la condotta dell'agente e indipendentemente dall'entità dell'offesa, consumata o anche soltanto tentata, alla vita o all'integrità fisica del superiore stesso, comporterebbe una eguale lesione del rapporto di subordinazione gerarchica». E' evidente che, nella specie, fra «i due ordini di beni della cui tutela si tratta, la vita o l'integrità fisica del superiore, da un lato, e la disciplina militare, dall'altro, il legislatore [...] ha operato una assoluta equiparazione di condotte diversissime» che «non può sfuggire alle censure di irragionevolezza», stante lo «stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco» (anteponendo la disciplina militare in tempo di pace al bene supremo del diritto alla vita).

La Corte ha, poi, esteso la declaratoria di incostituzionalità alla parte dell'art. 186 concernente l'omicidio preterintenzionale, anch'esso equiparato al volontario, e al secondo comma, relativo all'insubordinazione violenta consistente in lesioni personali gravi o gravissime.

A detta sentenza si correla, successivamente, la **n. 103 del 1982**, che ha sancito l'illegittimità dello stesso art. 186 nella parte in cui applica al reato di insubordinazione con violenza consistente in lesioni lievi o percosse la reclusione non inferiore a cinque anni se il superiore è un ufficiale e da tre a dodici se non è un ufficiale, e nella parte in cui concerne l'insubordinazione con lesioni gravi o gravissime in danno di un superiore non ufficiale, nonché dell'art. 189 ove applica la reclusione da tre a sette anni per la insubordinazione con ingiuria o minaccia verso un superiore ufficiale e da uno a cinque nel caso di superiore non ufficiale. Secondo tale pronuncia, «una volta sostituita relativamente ad una delle ipotesi di insubordinazione la pena originariamente prevista dal cod. pen. mil. di pace con quelle stabilite dal codice penale comune,

non sussiste altra alternativa, onde ripristinare la ragionevolezza e la coerenza della disciplina, se non quella di eliminare [...] le pene estremamente più severe previste dal cod. pen. mil. di pace, siccome divenute logicamente incompatibili con quelle applicabili, secondo il codice penale comune», per effetto della sentenza n. 26 del 1979.

L'*iter* è stato completato **dalla sentenza n. 102 del 1985**, che ha concluso per la illegittimità del trattamento sanzionatorio di cui all'art. 191 – insubordinazione con minaccia contro un superiore assente - e all'art. 196 - minaccia grave ad un inferiore - che prevedevano una sanzione ben più pesante rispetto a quella delle condotte più gravi commesse rispettivamente ai danni di un superiore presente o di un superiore, punite, a seguito della sentenza n. 103 del 1982, con le sanzioni di cui al codice penale comune.

Ancora, nella **sentenza n. 518 del 2000** viene “salvata” la incriminazione dell'incesto *ex* art. 564 cod. pen., censurato in quanto considerato lesivo del limite della discrezionalità legislativa: in realtà, il profilo della «necessaria proporzione tra il valore del bene protetto dalla norma penale e il valore della libertà personale» è rispettato, dato che detta norma non è posta, come ritiene il rimettente, «a presidio di un mero modo di apparire dell'istituto familiare», ma, al contrario, affermano i Giudici delle leggi, «offre protezione alla famiglia» ed escludendo i rapporti sessuali tra componenti della famiglia diversi dai coniugi, mira ad «evitare perturbazioni della vita familiare». Ciò basta a giustificare il trattamento repressivo stabilito dal codice penale.

### **2.2.2) Parità di trattamento fra fattispecie omogenee**

Frequente nella valutazione della congruità delle scelte sanzionatorie del legislatore è il confronto con un *tertium comparationis* esterno.

In molti casi la Corte ha respinto i dubbi di legittimità, evidenziando gli elementi di diversità tra le fattispecie. A mero titolo esemplificativo, si possono ricordare alcune pronunce. La **sentenza n. 22 del 1971** ha escluso la possibilità di raffrontare la pena del furto e della lesione personale, sottolineando non solo che la questione attiene a scelte di politica legislativa, sottratte al sindacato della Corte, ma anche che la finalità rieducativa, evocata dal rimettente, «non può essere presa in considerazione rispetto a singoli reati o gruppi di reati»; la **sentenza n. 162 del 1981** ha considerato non irragionevole la differenza di pena tra l'omicidio preterintenzionale di cui all'art. 584 cod. pen. ed il procurato aborto di cui all'art. 18, quarto comma, della legge 22 maggio 1978, n. 194, data la diversa natura delle due fattispecie (preterintenzionale, la prima, aggravata dall'evento, la seconda).

In tempi più recenti, con la **sentenza n. 364 del 2004** i Giudici hanno ritenuto che il mantenere la pena di cui all'art. 2624, primo comma, cod. civ. per chi, svolgendo funzioni di

amministrazione, direzione e controllo presso una banca, contravvenga al divieto di contrarre obbligazioni o compiere atti di compravendita con la banca stessa, ed escludere la sanzione penale per chi svolga le medesime funzioni presso società non creditizie, non si traduca in una scelta manifestamente arbitraria, «alla luce della specificità dell'attività bancaria», le cui caratteristiche, unitamente agli interessi coinvolti, «rendono non irragionevole la previsione di forme particolari e più intense di protezione penale [...] rispetto a quelle contemplate per le generalità delle società commerciali».

Nel **2006** si registra l'**ordinanza n. 170** che, richiamando il precedente specifico di cui alla sentenza n. 325 del 2005, ha optato per la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 609-*octies* cod. pen. contestato nella parte in cui non prevede un'attenuante per “i casi di minore gravità” nel delitto di violenza sessuale di gruppo. Nella specie, «si è ritenuta improponibile una diretta comparazione con le regole concernenti la violenza sessuale monosoggettiva, attesa la peculiare gravità dell'offesa recata da più persone riunite», con la conseguenza che «l'omessa previsione di un'attenuante per i “casi di minore gravità”, malgrado la latitudine dei comportamenti riconducibili alla norma incriminatrice», non è palesemente arbitraria o ingiustificata.

Sotto il profilo della ragionevole distinzione, ai fini dell'applicazione della sanzione, di fattispecie oggettivamente diverse, l'**ordinanza n. 229** sempre **del 2006** ha respinto le censure mosse dal Tribunale di Genova all'art. 1104 del codice della navigazione, che incrimina il reato di “offesa in danno del comandante, di un ufficiale o sottufficiale o di un graduato”, sul presupposto che sarebbe stato superato il limite della ragionevolezza nell'esercizio proprio del legislatore di determinare le condotte punite, la quantità e qualità della sanzione, in confronto, in particolare, con il reato di oltraggio a pubblico ufficiale. In realtà, si osserva in motivazione, «le fattispecie comparate dal giudice remittente sono oggettivamente diverse, avuto riguardo al diverso luogo dello svolgimento del reato ai fini della tutela della sicurezza della navigazione, la quale può essere messa in pericolo da condotte che, attraverso l'offesa a chi esercita il potere gerarchico, incidono sulla regolarità della vita di bordo e sul corretto funzionamento del modello organizzativo».

Altra interessante pronuncia, sulla quale è opportuno soffermarsi con maggior ampiezza, è la **sentenza n. 22 del 2007**, che esamina il reato di indebito trattenimento dello straniero nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine di allontanamento impartito dal questore - incriminato all'art. 14, comma 5-*ter*, primo periodo, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, come sostituito dall'art. 1 della legge 12 novembre 2004, n. 271 - sotto il profilo del trattamento sanzionatorio, in particolare verificando la compatibilità con l'art. 3 Cost. sia della parte in cui è prevista la pena della reclusione da uno a quattro anni, sia della parte in cui è fissata la pena minima in un anno di reclusione. Secondo i rimettenti, dette pene sarebbero palesemente sproporzionate per eccesso rispetto alla



gravità del fatto - consistente in un reato di pericolo, non sintomatico di per sé di pericolosità sociale - non assicurerebbero un adeguato bilanciamento tra il sacrificio della libertà personale del condannato e i vantaggi che ne derivano in termini di tutela degli interessi protetti dalla norma incriminatrice e, infine, eccederebbero macroscopicamente i livelli di pena previsti da disposizioni assimilabili, relative a condotte di inottemperanza a provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa (ad esempio, art. 650 cod. pen., inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, art. 2 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, contravvenzione al foglio di via obbligatorio, art. 14, comma 5-ter, seconda parte, del d.lgs. n. 286 del 1998, straniero espulso per non aver chiesto il rinnovo del permesso di soggiorno, etc.). Inoltre, la pena sarebbe analoga a quella prevista per comportamenti delittuosi di gravità molto maggiore, quali quelli contemplati dall'art. 13, comma 13-bis, del d.lgs. n. 286 del 1998 per l'indebito reingresso sia dello straniero già colpito da provvedimento giudiziale di espulsione, sia dello straniero già denunciato per analogo precedente delitto e dall'art. 14, comma 5-quater, dello stesso d.lgs., per l'indebito reingresso dello straniero già espulso in base al precedente comma 5-ter.

La sentenza ha concluso per la inammissibilità: infatti, osserva la Corte, un primo gruppo di norme assunte dal rimettente come *tertia comparationis* comprende previsioni che approntano una sanzione di carattere generale e residuale per qualsiasi tipo di inottemperanza ad ordini legalmente dati dall'autorità o sono finalizzate a fronteggiare specifiche situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica create da soggetti che violino determinati ordini amministrativi, ed in nessuna di esse è rinvenibile la finalità che il legislatore persegue con la norma contestata, ossia il controllo dei flussi migratori e la disciplina dell'ingresso e della permanenza degli stranieri nel territorio. «Si tratta di un grave problema sociale, umanitario ed economico che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze di ordine e sicurezza pubblica» e la comparazione con tali disposizioni non può essere condotta «in chiave di confronto rivolto alla rilevazione di ingiustificate disparità di trattamento censurabili dal giudice delle leggi, ma può servire eventualmente al legislatore per una considerazione sistematica di tutte le norme che prevedono sanzioni penali per violazioni di provvedimenti amministrativi in materia di sicurezza pubblica».

Le medesime considerazioni valgono per il confronto con le altre norme contenute nello stesso testo unico in materia di immigrazione citate dai rimettenti, pur riconoscendo – si legge in motivazione - «che il quadro normativo in materia di sanzioni penali per l'illecito ingresso o trattenimento di stranieri nel territorio nazionale, risultante dalle modificazioni che si sono succedute negli ultimi anni, [...] presenta squilibri, sproporzioni e disarmonie, tali da rendere problematica la verifica di compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e di proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa».

In questo ambito, però, il sindacato di costituzionalità può investire le pene scelte dal legislatore «solo se si appalesi una evidente violazione del canone della ragionevolezza, in quanto ci si trovi di fronte a fattispecie di reato sostanzialmente identiche, ma sottoposte a diverso trattamento sanzionatorio. [...] Se non si riscontra una sostanziale identità tra le fattispecie prese in considerazione, e si rileva, invece, come nel caso in esame, una sproporzione sanzionatoria rispetto a condotte più gravi, un eventuale intervento di riequilibrio di questa Corte non potrebbe in alcun modo rimodulare le sanzioni previste dalla legge, senza sostituire la propria valutazione a quella che spetta al legislatore».

Così, la Corte non può procedere ad un nuovo assetto delle sanzioni penali stabilite dalla legge, «giacché mancano nell'attuale quadro normativo *in subiecta materia* precisi punti di riferimento che possano condurre a sostituzioni costituzionalmente obbligate», anche se «la rigorosa osservanza dei limiti dei poteri del giudice costituzionale non esime questa Corte dal rilevare l'opportunità di un sollecito intervento del legislatore».

La stessa questione è stata poi dichiarata manifestamente inammissibile dalle ordinanze n. **167** e n. **354** dello stesso anno.

Se numerosi sono i casi in cui la Consulta ha respinto i dubbi di legittimità, altrettanti sono quelli in cui è pervenuta ad una declaratoria di illegittimità.

Con la **sentenza n. 409 del 1989**, più volte ricordata, i Giudici hanno censurato la sproporzione della pena comminata dal secondo comma dell'art. 8 della legge 15 dicembre 1972, n. 772 per il rifiuto del servizio militare di leva per motivi di coscienza rispetto alle pene fissate dall'art. 151 del cod. pen. mil. di pace per la mancanza alla chiamata, posto che, «per quanto subiettivamente diversificati», i due delitti «ledono, con modalità oggettive analoghe, uno stesso interesse, quello ad una regolare incorporazione degli obblighi al servizio di leva nell'organizzazione militare», con la conseguenza che «la notevole diversità di trattamento penale» tra le due ipotesi «apertamente comporta arbitraria, sproporzionata severità nei confronti del militare che adduce, a giustificazione del suo delitto, motivi di coscienza».

Qualche anno più tardi, la Corte è tornata sul tema, dichiarando illegittimo il terzo comma dello stesso articolo 8, che non prevedeva l'esonero dal servizio militare per coloro che, avendolo rifiutato per motivi diversi da quelli di cui alla legge n. 772 del 1972 o senza addurre alcun motivo, avessero espiato la reclusione in misura non inferiore a quella del servizio militare. Viene individuata una «macroscopica sproporzione» sul piano del regime sanzionatorio tra l'ipotesi in esame e quella dell'obiettore che adduce motivi di coscienza, in quanto solo nel primo caso chi rifiuta di prestare l'obbligo di leva è soggetto alla probabilità di una ininterrotta catena di condanne: infatti, «la clausola di esonero [...] costituisce una sorta di clausola di garanzia della proporzionalità

della pena, nel senso che, in mancanza della stessa, di fronte alla manifestazione di un rifiuto totale del servizio di leva, la sanzione penale, pur se determinata nella stessa misura edittale stabilita per il reato di cui all'art. 8, è destinata ad applicazioni reiterate fino all'esaurimento del correlativo obbligo di leva» (**sentenza n. 343 del 1993**).

La violazione del parametro di cui all'art. 3 Cost. sussiste «allorquando la sperequazione normativa tra fattispecie omogenee assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sorretta da alcuna ragionevole giustificazione»: così, la **sentenza n. 394 del 2006** ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 100, terzo comma, del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, come sostituito dall'art. 1, comma 1, lettera a), della legge 2 marzo 2004, n. 61 e dell'art. 90, terzo comma, del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, come sostituito dall'art. 1, comma 2, lettera a), numero 1), della medesima legge. Dette disposizioni punivano con l'ammenda da 500 a 2000 euro chi commetteva uno dei reati di falso di cui ai capi III e IV del Titolo VII del libro secondo del codice penale aventi ad oggetto l'autenticazione di liste di candidati o elettori vuoi nelle elezioni amministrative vuoi in quelle politiche, sia chi formava falsamente liste di elettori o candidati. Con riferimento alla prima fattispecie, quella concernente le falsità nelle autenticazioni, la Consulta ha ravvisato una palese dissimmetria rispetto al trattamento sanzionatorio previsto, in generale, dalle norme del codice penale in tema di falso, richiamate ai fini della descrizione delle condotte incriminate: «così, con riguardo alla falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale chiamato ad autenticare le firme in questione – ma il rilievo vale, *mutatis mutandis*, in rapporto ad ognuna delle altre ipotesi di falso riferibili a tale autentica -> le norme in esame sottopongono alla sola ammenda – obblabile – un fatto riconducibile, nella generalità dei casi, al paradigma punitivo della falsità ideologica del pubblico ufficiale in atto pubblico, punito dall'art. 476 cod. pen. con la reclusione da uno a sei anni. In effetti, la condotta dei due illeciti è, per definizione, identica, nessuna diversità tra le due fattispecie è ravvisabile sotto il profilo della lesività del bene “strumentale-intermedio” della fede pubblica e il bene finale tutelato dal reato contemplato dalle norme impugnate è di rango particolarmente elevato, «in quanto intimamente connesso al principio democratico della rappresentatività popolare: trattandosi di assicurare il regolare svolgimento delle operazioni elettorali ed il libero esercizio del diritto di voto». A ciò si aggiunge «l'ulteriore, profonda sperequazione di trattamento sanzionatorio venutasi a creare [...] fra le condotte di falso inerenti alle firme delle dichiarazioni di presentazione dei candidati, da un lato; e le condotte di corruzione, attiva e passiva, violenza o minaccia e abuso di attribuzione da parte di soggetti pubblici o ministri di culto, finalizzate all'ottenimento delle medesime firme, dall'altro, posto che queste ultime integrano tuttora delitti puniti con pene detentive di apprezzabile severità». Anche tale sperequazione è priva di razionale giustificazione, «in una cornice di sistema»: infatti, chi dà o

promette ad un elettore utilità affinché firmi una presentazione di candidatura alle elezioni risponde di un delitto punito con la reclusione da uno a quattro anni, mentre il pubblico ufficiale che autentichi falsamente la firma dello stesso elettore risponde di una mera contravvenzione obblabile.

Analoghe considerazioni valgono per la seconda fattispecie, quella della falsa formazione di liste di elettori o di candidati, nel confronto con il regime previsto, per la generalità dei falsi in materia elettorale, dal secondo comma dei medesimi artt. 100 del d.P.R. n. 361 del 1957 e 90 del d.P.R. n. 570 del 1960, il quale irrigidisce, e non già attenua, il trattamento sanzionatorio prefigurato dalle corrispondenti norme del codice penale. Lo scarto della risposta punitiva è stato ritenuto manifestamente irragionevole, non essendo sostenibile che la falsità in questione abbia potenzialità lesive del bene giuridico protetto nettamente inferiori alla media di quelle inerenti agli altri atti destinati alle operazioni elettorali; né si potrebbe fondare la macroscopica differenza di sanzioni su una pretesa distinzione tra falsità inerenti rispettivamente alla fase “preparatoria” del procedimento elettorale e alle fasi “costitutiva” e di verifica dei risultati, in quanto le falsità nella formazione delle liste non esauriscono il novero dei possibili falsi incidenti sulla fase preparatoria, e, in relazione alle altre forme di interferenza illecita, gli artt. 96, 97 e 98 del d.P.R. n. 361 del 1957 e 86, 87 e 88 del d.P.R. n. 570 del 1960 non effettuano alcuna cesura tra fase preparatoria e fasi successive. Senza contare che, infine, le disposizioni censurate determinano un’ulteriore incongruenza, poiché la falsa formazione di liste viene ad essere assoggettata ad una pena incomparabilmente più mite rispetto all’uso delle liste falsificate e alla sostituzione, soppressione o distruzione di liste vere, «condotte, queste ultime, che – proprio perché le liste rappresentano una *species* del *genus* degli “atti destinati alle operazioni elettorali” – continuano ad integrare il delitto di cui al secondo comma degli artt. 100 e 90». E ciò, nonostante si tratti di fattispecie non significativamente dissimili sul piano del disvalore.

In tema di controllo “esterno” della ragionevolezza del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata fattispecie è da segnalare la giurisprudenza costituzionale in tema di offese al sentimento religioso (vilipendio e turbamento di funzioni). A partire dalla **sentenza n. 329 del 1997** la Corte, con una netta inversione di rotta rispetto alle precedenti prese di posizione, ha escluso che sussistano ragioni a giustificazione di discipline differenziate in ordine alla protezione del sentimento religioso a seconda che si tratti di religione cattolica (la religione dello Stato, come ancora anacronisticamente definita dal codice penale) o di altre religioni. Così, con la pronuncia citata, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la previsione, nell’art. 404, primo comma, cod. pen., della reclusione da uno a tre anni anziché della pena diminuita comminata dall’art. 406 cod. pen. per lo stesso delitto di vilipendio di cose commesso contro uno dei culti ammessi nello Stato; sulla stessa linea si sono, poi, poste la **sentenza n. 327 del 2002** – illegittimità dell’art. 405

cod. pen. che puniva il turbamento di funzioni religiose del culto cattolico più pesantemente delle analoghe condotte contro altri culti – e la **sentenza n. 168 del 2005** – incostituzionalità dell'art. 403, primo e secondo comma, cod. pen., che prevedeva per il vilipendio di un ministro del culto cattolico sanzioni più gravi di quelle comminate al corrispondente comportamento ai danni di un ministro di altri culti ammessi. In tutti i casi la Corte ha messo in evidenza «le esigenze costituzionali di eguale protezione del sentimento religioso che sottostanno alla equiparazione del trattamento sanzionatorio».

In altri casi la Corte ha effettuato un controllo “endonormativo”, ponendo a confronto fattispecie previste nella medesima disposizione. Così, ad esempio, con la **sentenza n. 218 del 1974** ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 8, penultimo comma, del r.d. 5 giugno 1939, n. 1016 che assoggettava alla stessa sanzione sia chi esercitava la caccia senza essere coperto da assicurazione, sia chi, pur essendo assicurato, fosse stato sorpreso a cacciare privo dei documenti richiesti: la disciplina palesemente eccede i limiti della razionalità poiché pone sullo stesso piano condotte obiettivamente dotate di un diverso disvalore. Viceversa, la **sentenza n. 47 del 1979** ha considerato non irragionevole il disposto dell'art. 41, lett. b), della legge 17 agosto 1942, n. 1150, che colpiva con la stessa pena sia chi avesse costruito senza licenza, sia chi avesse costruito senza licenza ed in contrasto con gli strumenti urbanistici, poiché «risponde ad un fondamentale interesse pubblico [...] sottoporre l'attività edilizia al controllo preventivo della pubblica amministrazione» e rispetto ad esso «è del tutto indifferente la circostanza che la costruzione corrisponda o meno al complesso delle norme che regolano l'attività edilizia». Sempre in tema di reati edilizi, la **sentenza n. 256 del 1987**, in relazione all'art. 20, lett. b), della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che applica la stessa pena all'esecuzione di lavori in totale difformità o assenza della concessione edilizia e la loro prosecuzione nonostante l'ordine di sospensione, ha evidenziato non solo che «la determinazione di un elevato minimo edittale è [...] chiaramente giustificata dall'esigenza, correlata all'intento perseguito dal legislatore di predisporre strumenti che garantiscano il controllo dell'uso del territorio, di assicurare [...] l'effettività degli strumenti stessi» ma anche che «la previsione di un minimo ed un massimo edittale, tra loro ampiamente distanziati, permette di graduare *ex art.* 133 c. p. la sanzione secondo la gravità del reato».

Ancora, secondo la **sentenza n. 272 del 1991**, avente ad oggetto la disciplina dell'abusiva installazione di impianto radioelettrico di telecomunicazione, la parificazione sanzionatoria dell'ipotesi in cui l'impianto sia soggetto a regime concessorio con quella in cui sia soggetto a regime autorizzatorio non può dirsi irragionevole, «dato che le specifiche modalità di regolazione dell'azione amministrativa dell'attività non comportano di per sé una diversa entità della lesione del bene tutelato», rappresentato in entrambi i casi dall'«esigenza di un razionale ed ordinato governo

dell'etere, idoneo ad assicurare in concreto il coordinamento e la compatibilità reciproca dei vari strumenti di telecomunicazione».

Infine, sempre nello stesso anno, la **sentenza n. 285** ha concluso per la non fondatezza del dubbio di legittimità dell'art. 2, comma 2, della legge 21 febbraio 1990, n. 36 (irragionevolezza dell'uguale trattamento sanzionatorio del porto di arma comune da sparo e del porto di arma giocattolo priva del tappo rosso) perché, pur essendo innegabile la «essenziale diversità» dei due comportamenti accomunati, tuttavia «il divario tra il limite minimo e quello massimo della pena edittale» consente al giudice di far «emergere la differenza fra le varie sottospecie risultante dal loro diverso disvalore oggettivo» e di graduare, così, in concreto la pena da applicare.

### 3) Le finalità della sanzione penale

Il finalismo della pena trova spazio nella nostra Carta costituzionale all'art. 27, terzo comma, che sancisce il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità ed afferma il principio della finalità rieducativa.

In origine, la Corte considerava la rieducazione nell'ambito di una concezione definita "polifunzionale" della pena: nella **sentenza n. 12 del 1966** si legge che il principio rieducativo, «dovendo agire in concorso delle altre funzioni della pena, non può essere inteso in senso esclusivo ed assoluto», ma «sta ad indicare l'obbligo per il legislatore di tenere costantemente di mira [...] la finalità rieducativa e di disporre tutti i mezzi idonei per realizzarla», senza negare «l'esistenza e la legittimità della pena là dove essa non contenga, o contenga minimamente, le condizioni» per attuare detta finalità, considerando, evidentemente, «le altre funzioni che [...] sono essenziali alla tutela dei cittadini e dell'ordine giuridico».

In questa fase, la rieducazione viene vista come elemento essenziale della fase esecutiva: «la emenda non confligge con le altre funzioni della pena (afflittiva, di prevenzione) e [...] si riferisce propriamente alla esecuzione delle pene in senso stretto» (**sentenza n. 167 del 1973**), «mentre sfugge al controllo di legittimità l'indagine sulla efficacia rieducativa della pena edittale, la cui determinazione è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore» (**sentenza n. 23 del 1985**).

Se «non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena» (**sentenza n. 264 del 1974**), è anche vero che «non è dato delineare una statica, assoluta gerarchia» fra le molteplici finalità della sanzione penale, ma appare necessario «di volta in volta, per le varie fasi (incriminazione astratta, commisurazione, esecuzione)

o per i diversi istituti [...], individuare a quale delle finalità [...], ed in che limiti, debba essere data la prevalenza» (**sentenza n. 282 del 1989**).

Un'eccezione a tale dominante linea ermeneutica si rinviene nella **sentenza n. 204 del 1974**, che ha, per la prima volta, affermato un vero "diritto" alla rieducazione, vista come «fine ultimo e risolutivo della pena».

La valorizzazione della finalità rieducativa trova massima espressione nella **sentenza n. 364 del 1988** (e nella **n. 1085** dello stesso anno), che, attraverso una lettura congiunta del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost., ha affermato che «comunque s'intenda la funzione rieducativa [...], essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica», poiché «non avrebbe senso la "rieducazione" di chi, non essendo almeno "in colpa" (rispetto al fatto), non ha certo "bisogno" di essere "rieducato" » e «soltanto quando alla pena venisse assegnata esclusivamente una funzione deterrente (ma ciò è sicuramente da escludersi nel nostro sistema costituzionale [...]) potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili [...] alla predetta colpa dell'agente, nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento».

Nel solco di questa fondamentale giurisprudenza si inserisce la recente **sentenza n. 322 del 2007**, secondo cui «la funzione rieducativa non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili, almeno in parte, a prescindere dalla rimproverabilità dell'autore», perché punire in difetto di colpevolezza implicherebbe «una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost. ».

La finalità di risocializzazione non viene, perciò, più "confinata" nella fase esecutiva, poiché la necessità costituzionale che la pena debba tendere alla rieducazione del condannato, «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (**sentenza n. 313 del 1990**), con la conseguenza che – si legge nella **sentenza n. 129 del 2008** – l'art. 27, terzo comma Cost. « vale tanto per il legislatore, quanto per i giudici della cognizione oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie».

Alla polifunzionalità la Corte si richiama, comunque, costantemente.

Ad esempio, la **sentenza n. 306 del 1993** ribadisce che «tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione,

che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione». Il legislatore, tuttavia, «nei limiti della ragionevolezza», può dare la preferenza all'una o all'altra, «a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata», poiché «le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale [...], così da dar vita ad un sistema normativamente “flessibile”» (**sentenza n. 257 del 2006**).

Certo è che il fine rieducativo non potrebbe essere conseguito ove non fosse garantita la “individualizzazione” del trattamento sanzionatorio. La **sentenza n. 50 del 1980**, nel dichiarare non fondati i dubbi di legittimità dell'art. 121 del t.u. delle norme in materia di circolazione stradale del 1959, che comminava pena detentiva e pecuniaria fisse per chi circolasse con un veicolo di peso complessivo a pieno carico superiore a 30 quintali, ha posto l'accento sulla opportunità di garantire a ciascuno un trattamento punitivo “adeguato”: «l'“individualizzazione” della pena – si legge nella parte motiva - in modo da tener conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, si pone come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente la materia penale». Infatti, «l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce da un lato a rendere quanto più possibile “personale” la responsabilità penale [...]; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile “finalizzata”, nella prospettiva dell'art. 27, terzo comma Cost.».

#### **4) Il divieto della pena di morte e l'estradizione**

Il principio di umanità e rieducatività della pena trova il suo compimento nella scelta della abolizione della pena di morte prima da parte del costituente e, quindi, da parte del legislatore ordinario (L. n. 589/74).

Di fronte al principio costituzionale, il problema pratico che ha impegnato maggiormente la giurisprudenza è stato quello di stabilire se sia consentita l'estradizione per reati sanzionati con la pena di morte nell'ordinamento dello Stato richiedente.

La prima pronuncia della Corte che si registra nella materia è la **sentenza n. 54 del 1979**, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità della legge che recepiva in Italia l'accordo con la Francia, per la parte in cui consentiva l'estradizione per i reati sanzionati con la pena edittale della morte nell'ordinamento dello stato richiedente. La Corte, infatti, rileva che «effettivamente, poteva



esser logico che la convenzione italo-francese del 1870 non contenesse nessuna riserva relativa alla pena capitale, allorché questo tipo di sanzione era prevista dalle legislazioni penali di entrambi gli Stati contraenti; mentre l'equiparazione dei delitti sanzionati con la morte a tutti gli altri reati per i quali si ammette l'extradizione non è più legittima allo stato attuale del nostro ordinamento, da quando l'abolizione della pena capitale è stata riaffermata nell'art. 27, quarto comma, della Costituzione».

Invero, malgrado l'evidente divario che separa il caso dei soggetti punibili in Italia da quello dei soggetti per i quali sia stata richiesta l'extradizione, si è ritenuto che non possa consentirsi che, in tema di beni e di valori fondamentali per l'ordinamento interno, le autorità italiane attuino discriminazioni, sia pure cooperando con le autorità dello Stato richiedente. Per conseguenza, secondo i Giudici delle leggi, deve considerarsi lesivo della Costituzione che lo Stato italiano concorra all'esecuzione di pene che in nessuna ipotesi, e per nessun tipo di reati, potrebbero essere inflitte in Italia nel tempo di pace, se non sulla base di una revisione costituzionale.

Il concorso da parte dello Stato italiano all'esecuzione di pene, che in nessuna ipotesi e per nessun tipo di reati potrebbero essere inflitte in Italia è stato successivamente preso in esame dalla Corte con la **sentenza n. 223 del 1996**. Con tale decisione è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 698, secondo comma, cod. proc. pen. e della legge 26 maggio 1984, n. 225 di ratifica ed esecuzione del trattato di estradizione con gli Stati Uniti del 13 ottobre 1983, per la parte relativa all'esecuzione dell'art. IX del citato trattato, ove si stabilisce la negazione dell'extradizione qualora il reato sia punibile con la pena di morte secondo le leggi della Parte richiedente, salvo che quest'ultima «non si impegni, con garanzie ritenute sufficiente dalla Parte richiesta, a non infliggere la pena di morte, oppure, se inflitta, a non farla eseguire».

Il divieto della pena di morte, specifica la Consulta, si configura nel sistema costituzionale quale proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost. L'assolutezza di tale garanzia costituzionale incide sull'esercizio delle potestà attribuite a tutti i soggetti pubblici dell'ordinamento repubblicano, e nella specie su quelle potestà attraverso cui si realizza la cooperazione internazionale ai fini della mutua assistenza giudiziaria.

Conseguentemente - posto che il concorso da parte dello Stato italiano all'esecuzione di pene, che in nessuna ipotesi e per nessun tipo di reati potrebbero essere inflitte in Italia è di per sé lesivo della Costituzione (**sentenza n. 54 del 1979**) - rileva la Corte che, seppure il procedimento delineato dall'art. 698, secondo comma, cod. proc. pen., si impernia su un duplice vaglio espletato, caso per caso, dall'autorità giudiziaria e dal Ministro della giustizia circa la "sufficienza" delle garanzie offerte dallo Stato richiedente a non far infliggere la pena di morte, nel nostro

ordinamento, in cui il divieto della suddetta pena è sancito dalla Costituzione, la formula delle "sufficienti assicurazioni" - ai fini della concessione dell'extradizione per fatti in ordine ai quali è stabilita la pena capitale dalla legge dello Stato richiedente - non è costituzionalmente ammissibile. Il divieto contenuto nell'art. 27, quarto comma, della Cost., e i valori ad esso sottostanti - primo fra tutti il bene essenziale della vita – impongono, secondo i giudici, una garanzia assoluta, incompatibile con qualsivoglia valutazione discrezionale.