

Riflessione

— La ragionevolezza della risposta punitiva tra scelte di politica criminale e discrezionalità del giudice

Riflessioni a margine della sentenza della [Corte cost. 21 luglio 2020, n. 156](#) sulla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.

The reasonableness of the punitive response between criminal policies and judicial discretion

Some thoughts on Corte cost., July 21, 2020, judgment n. 156 regarding the punishment exemption in the case of petty criminal offence set out in Article 131-bis of the Italian Criminal Code

di Serena Santini

Abstract. Il più penetrante sindacato di ragionevolezza esercitato dalla Corte costituzionale, negli ultimi anni, sulle scelte di politica criminale operate dal legislatore sembra restituire al giudice del caso concreto una maggior discrezionalità nella determinazione dell'an, del quantum e del quomodo della pena e, più in generale, maggiori margini di manovra nell'individuazione di una risposta sanzionatoria equilibrata, informata a canoni di equità e giustizia.

Nella breve riflessione che segue, l'autrice cerca di mettere in luce una tale tendenza traendo spunto dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 156/2020 in tema di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

Abstract. *The far-reaching review of reasonableness carried out by the Italian Constitutional Court over the legislative criminal policies in the last few years seems to give back to the trial judge a greater discretion in determining the an, the quantum and the quomodo of the punishment and, more generally, a greater leeway in finding a balanced punishment, informed to the equity and justice criteria. In the following thoughts, the author tries to highlight this trend taking a cue from the recent ruling of the Italian Constitutional Court (no. 156/2020) regarding the punishment exemption in the case of petty criminal offence.*

SOMMARIO: 1. La ragionevolezza quale limite al “monopolio legislativo” in materia penale. – 2. Le “incursioni” della Corte costituzionale sotto l’egida del principio di ragionevolezza: tre campi di intervento. – 2.1. Primo campo di intervento: gli automatismi che operano sul *quantum* di pena. – 2.2. Secondo campo di intervento: gli automatismi che operano sul *quomodo* della pena. – 2.3. Terzo campo di intervento: gli automatismi che operano sull’*an* della pena. La recente sentenza n. 156/2020. – 2.3.1. La questione di legittimità costituzionale. – 2.3.2. “Ragionevolezza *oblige*”. – 3. “Diamo ai giudici quel che è dei giudici”.

SUMMARY: 1. The reasonableness as a limit to the “legislative monopoly” in criminal matters. – 2. The “raids” of the Italian Constitutional Court under the aegis of the principle of reasonableness: three scopes of intervention. – 2.1. First scope of intervention: the automatisms affecting the *quantum* of the penalty. – 2.2. Second scope of intervention: the automatisms affecting the *quomodo* of the penalty. – 2.3. Third scope of intervention: the automatisms affecting the *an* of the penalty. The recent ruling no. 156/2020. – 2.3.1. The question of constitutional legitimacy. – 2.3.2. “Reasonableness *oblige*”. – 3. “Let’s give credit where credit is due”.

1. La ragionevolezza quale limite al “monopolio legislativo” in materia penale.

La determinazione dell’*an*, del *quantum* e del *quomodo* della pena è materia riservata dalla Costituzione alla discrezionalità del legislatore, che agisce sul “mercato della politica criminale” a mo’ di monopolista. Tuttavia – continuando con la metafora economica – la pressoché totale assenza di concorrenti nel mercato non equivale al riconoscimento di un ruolo da vero e proprio “*price maker*” al legislatore: i principi costituzionali (e sovranazionali) rilevanti in materia, attraverso la “*bouche*” della Corte costituzionale, impongono infatti rilevanti “variazioni di prezzo”, così operando quali limiti alla discrezionalità politica.

In questa sede, più in particolare, ci concentreremo su uno solo di tali limiti, quello rappresentato dal principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. Già da tempo, infatti, la giurisprudenza costituzionale ha desunto da tale parametro «un canone di “razionalità” della legge [...], rintracciato nell’“esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità” [...] ed a criteri di coerenza logica, teleologica e storico-cronologica, che costituisce un presidio contro l’eventuale manifesta irrazionalità o iniquità delle conseguenze della stessa»¹.

E se è vero che la «*ratio democratica*»² che soggiace alla riserva di legge in materia penale è stata spesso, in passato, alla base della “prudenza” della Corte costituzionale nel

¹ Corte cost., sent. 9 aprile 2014, n. 162 e Corte cost., sent. 12 aprile 2012, n. 87. Per una panoramica sulla giurisprudenza costituzionale in tema di ragionevolezza, cfr. G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012, in particolare pp. 85 ss.

² N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 318.

sindacare la misura della pena³, lo scenario attuale pare leggermente differente. Il presente giuridico testimonia infatti “incursioni” più audaci della Consulta che, proprio sotto l’egida del principio di ragionevolezza, ha esercitato un più pregnante controllo sull’equilibrio della risposta punitiva *lato sensu* considerata⁴.

Come cercheremo di evidenziare, il risultato di tali incursioni – per lo più dirette a scardinare meccanismi preclusivi e automatismi sanzionatori – pare tradursi in un aumento della discrezionalità dei giudici di merito, maggiormente liberi di ponderare e modulare la risposta sanzionatoria alla luce delle peculiarità del caso concreto. In un momento storico, quale quello attuale, in cui aumenta nell’opinione pubblica la diffidenza verso l’operato della magistratura (complici anche alcuni recenti scandali), la strada indicata dalla Corte costituzionale sembra invece restituire fiducia al compito – tanto delicato quanto fondamentale – dei giudici di merito.

L’occasione per tornare a riflettere sul tema è oggi offerta dalla recente pronuncia della Corte costituzionale n. 156/2020, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità della causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all’art. 131-bis c.p. nella parte in cui non è applicabile ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva.

Nella breve riflessione che segue, pertanto, dopo una rapida panoramica della giurisprudenza costituzionale rilevante ai nostri fini, ripercorreremo i passaggi argomentativi principali della recente sentenza, nel tentativo di trarne considerazioni di ampio respiro che trascendano il *quid proprium* delle questioni di volta in volta analizzate.

2. Le “incursioni” della Corte costituzionale sotto l’egida del principio di ragionevolezza: tre campi di intervento.

Negli ultimi anni, la Corte costituzionale è più volte ricorsa al principio di ragionevolezza quale grimaldello attraverso cui “scardinare” taluni automatismi sanzionatori e meccanismi presuntivi operanti in materia di trattamento sanzionatorio, così restituendo al giudice del caso concreto spazi di discrezionalità prima preclusigli.

Senza alcuna pretesa di completezza e utilizzando quale spettro d’indagine la seguente “equazione”: ripristino della ragionevolezza = aumento della discrezionalità giudiziaria, ci pare sia possibile individuare tre principali campi di intervento.

³ Sul punto, si richiamano altresì le riflessioni di M. D’Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

⁴ Sul tema, senza alcuna pretesa di completezza, v. i recenti contributi di M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento alla “Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola – Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013”, in *Cortecostituzionale.it*; S. Leone, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017; A. Macchia, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 1/2020, pp. 19 ss.; V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 ottobre 2011; D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, pp. 48 ss.; A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2019, pp. 785 ss.

2.1. Primo campo di intervento: gli automatismi che operano sul quantum di pena.

Dinanzi a tipi d'autore o manifestazioni criminose considerate fonte di particolare allarme sociale, il legislatore è spesso ricorso ad automatismi e preclusioni per "blindare" in parte la piena discrezionalità del giudice in sede di commisurazione della pena⁵. Tali scelte sembrano quasi sottintendere un profondo timore: il rischio che la "punizione" non sia sufficientemente adeguata da soddisfare le istanze di prevenzione generale e speciale e i bisogni di pena della collettività.

Tuttavia, le preclusioni, gli automatismi e le presunzioni assolute che si ricollegano a tali meccanismi hanno diritto di cittadinanza in materia penale – soprattutto laddove vengano in rilievo diritti fondamentali della persona – solo ove siano ragionevoli, vale a dire solo ove siano fondati su «dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»⁶.

Ed è proprio qui che "sono cascati gli asini": con un lavoro di fine cesellamento, la Corte costituzionale ha, piano piano, smussato buona parte delle presunzioni assolute irragionevoli, in relazione alle quali cioè era «"agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa»⁷.

Lo ha fatto anzitutto con la sentenza n. 183/2011⁸, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62-bis, co. 2, c.p. (come modificato dalla c.d. legge ex Cirielli) nella parte in cui vietava al giudice di riconoscere le circostanze attenuanti generiche al recidivo reiterato condannato per uno dei gravi delitti menzionati dall'art. 407, comma 2, lettera a)⁹, qualora tale riconoscimento si fondasse su considerazioni inerenti alla condotta del reo susseguente al reato. Ad essere giudicata irragionevole insomma è stata la scelta normativa di escludere, *semper et ad semper*, «il potere del giudice di valutare ed apprezzare la condotta tenuta dal colpevole nel periodo successivo alla commissione del reato»¹⁰.

Lo ha fatto ancora – e ripetutamente – con le numerose sentenze che hanno via via circoscritto il generale divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata sancito dall'art. 69, co. 4, c.p.¹¹. Senza entrare nel merito delle singole pronunce,

⁵ Sul punto, cfr. anche G. Leo, *Voce Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in Treccani - Libro dell'anno del diritto, 2014, in *Treccani.it*.

⁶ Così Corte cost., sent. 10 giugno 2011, n. 183.

⁷ Così Corte cost., sent. 12 aprile 2010, n. 139; Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265; Corte cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164.

⁸ Corte cost., sent. 10 giugno 2011, n. 183. Per un commento della sentenza, cfr. G.L. Gatta, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. Cost.*, 3/2011, pp. 2374 ss; G. Leo, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti «indiretti» della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, pp. 1785 ss.

⁹ In sostanza, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, il divieto si riferiva alle "vecchie" ipotesi di recidiva obbligatoria di cui all'art. 99, co. 5, c.p.

¹⁰ Queste le parole impiegate dalla Corte costituzionale.

¹¹ Il riferimento è, in particolare, a Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251, che ha escluso dal divieto di prevalenza l'allora circostanza attenuante (oggi fattispecie autonoma di reato) del fatto di lieve entità in materia di stupefacenti di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. 309/1990; Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 105, che ha

ciò che ci preme sottolineare è il ruolo svolto dal principio di ragionevolezza nella progressiva erosione del divieto di subvalenza della recidiva reiterata. Seppur “coadiuvata” da altri principi fondamentali – primi fra tutti quello di proporzionalità della pena e di rieducazione del condannato – la ragionevolezza indossa infatti “la maglia numero 10” quando si tratta di ristabilire «gli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale»¹² e di riassegnare al giudice “pieni poteri” nel giudizio di bilanciamento delle circostanze.

E ancora. La Corte costituzionale è ricorsa nuovamente al principio di ragionevolezza quando si è trattato di eliminare le ipotesi di recidiva obbligatoria di cui all’art. 99, co. 5, c.p., così riaffermando a gran voce il carattere della facoltatività di tale circostanza aggravante¹³: è compito del giudice del caso concreto – anche nel caso di commissione di reati di particolare gravità – valutare se la reiterazione dell’illecito sia sintomatica di «una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo» tale da giustificare l’aumento di pena¹⁴. Nessun automatismo può essere ammesso in questo campo, pena il rischio di applicare aumenti privi di una reale giustificazione, sia essa oggettiva o soggettiva.

2.2. Secondo campo di intervento: gli automatismi che operano sul quomodo della pena.

I principi di rieducazione del condannato, della progressività trattamentale e di flessibilità della pena costituiscono i pilastri di un sistema dell’esecuzione penale che per lo più rifugge l’idea del “buttiamo la chiave” e cerca di dirigersi verso lidi più orientati all’idea della risocializzazione del reo. D’altro canto, il cammino rieducativo dei condannati – soprattutto di coloro che rientrano nel perimetro della c.d. “ostatività penitenziaria” – è spesso costellato da una serie di automatismi e presunzioni che limitano o rendono più difficile l’accesso a quegli istituti, quali i benefici penitenziari, che in concreto danno attuazione ai predetti principi.

L’operatività di tali meccanismi è già da tempo “sorvegliata speciale” della Corte costituzionale, che via via nel tempo ne ha ridimensionata l’operatività¹⁵, ma è forse con

escluso dal divieto di prevalenza la circostanza attenuante della ricettazione di particolare tenuità di cui all’art. 648, co. 2, c.p.; Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 106, che ha escluso dal divieto di prevalenza la circostanza attenuante di cui all’art. 609-bis, co. 3, c.p. per i fatti di violenza sessuale di minore gravità; Corte cost., sent. 7 aprile 2016, n. 74, che ha escluso dal divieto di prevalenza la circostanza attenuante di cui all’art. 73, co. 7, d.P.R. 309/1990 nel caso di comportamenti volti a prevenire conseguenze ulteriori del reato, anche mediante collaborazione con l’autorità giudiziaria; Corte cost., sent. 17 luglio 2017, n. 205, che ha escluso dal divieto di prevalenza la circostanza attenuante di cui all’art. 219, co. 3, l.f. nel caso di danno patrimoniale di speciale tenuità nei fatti di bancarotta e ricorso abusivo al credito (R.D. 16 marzo 1942, n. 267); nonché, più di recente, Corte cost. 7 aprile 2020, n. 73, che ha escluso dal divieto di prevalenza la circostanza attenuante del vizio parziale di mente di cui all’art. 89 c.p. Sul punto cfr. E. Mariani, *Seminfermità e recidiva*, in *Giurisprudenza Italiana* (in corso di pubblicazione).

¹² Corte cost. 251/2012, cit.

¹³ Il riferimento è a Corte cost., sent. 23 luglio 2015, n. 185. Sul punto, cfr. F. Urban, *Sulla illegittimità costituzionale dell’applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 febbraio 2016.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A titolo esemplificativo, si pensi alla recente sentenza della Consulta, n. 149/2018 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-*quater*, co. 4, o.p. nella parte in cui subordinava l’accesso ai benefici penitenziari dei soggetti condannati all’ergastolo per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione o

la recente sentenza n. 253/2019 che la ragionevolezza ha dato il suo contributo maggiore nel disvelare il c.d. “volto costituzionale della pena”.

In quella circostanza, come è noto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-bis, co. 1, ord. pen., nella parte in cui preclude ai detenuti condannati per uno dei c.d. reati ostativi menzionati dalla medesima norma di accedere ai permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia, purché siano acquisiti «elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»¹⁶.

Rinviando ai numerosi contributi che si sono occupati del tema per una compiuta disamina della sentenza e delle questioni ad essa sottese¹⁷, in questa sede ci interessa mettere in rilievo un profilo.

Tra gli argomenti spesi dalla Consulta per addivenire alla declaratoria di illegittimità costituzionale, un ruolo cruciale assume proprio il carattere irragionevole della presunzione assoluta di pericolosità sociale incardinata nel congegno normativo di cui all'art. 4-bis, co. 1, o.p.: non collaborazione = persistenza dei legami con la criminalità organizzata = impossibilità di ottenere un permesso premio. Come chiarito dalla Corte costituzionale, infatti, «non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima»¹⁸, dal momento che è ragionevole ritenere che il detenuto che non collabori possa mantenere vivi i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza, bensì l'impossibilità che una tale presunzione possa essere vinta da prova contraria diversa dalla collaborazione con la giustizia.

Tale assolutezza “stona” con il principio di ragionevolezza e, più in generale, con il dettato costituzionale in almeno tre note.

La prima: la presunzione assoluta di pericolosità sociale produce un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena che non presenta alcuna

di terrorismo o eversione che avessero cagionato la morte del sequestrato al fatto di aver “effettivamente” espriato almeno ventisei anni di pena. Sul punto, cfr. E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 luglio 2018; M. Pelissero, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, pp. 1359 ss.; A. Pugiotto, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2018, pp. 405 ss.

¹⁶ Corte cost., sent. 23 ottobre 2019, n. 253.

¹⁷ Data l'importanza epocale di tale pronuncia, non stupisce il cospicuo numero di contributi in materia. Senza pretesa di completezza, ci limitiamo a richiamare S. Bernardi, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, pp. 324 ss.; F. Fiorentin, *Ammissibili i permessi premio per chi non ha collaborato con la giustizia, purché sia accertata l'esclusione di collegamenti con l'organizzazione mafiosa*, in questa rivista, 24 ottobre 2019; A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, pp. 161 ss.; M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.

¹⁸ Così la Corte cost., sent. n. 253/2019, cit.

connessione diretta con il reato commesso, così determinando una «deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare»¹⁹.

La seconda: l'assolutezza della presunzione contrasta con la finalità rieducativa della pena, nella misura in cui preclude al magistrato di sorveglianza di effettuare una valutazione individualizzata – e in concreto – del percorso carcerario del singolo detenuto.

La terza (e forse la più importante): il carattere assoluto della presunzione si basa sul «fallace presupposto»²⁰ che l'assenza di collaborazione sia – sempre e comunque – sintomatica di una permanente adesione del reo al sodalizio criminale. In altre parole: la presunzione di pericolosità è irragionevole, perché «è irragionevole ritenere che l'inferenza che essa svolge sia veritiera nella totalità dei casi, in quanto il principio di rieducazione del condannato – il quale esige che il trattamento penitenziario sia ritagliato sulla situazione del singolo detenuto, per garantire che l'esecuzione della pena segua efficacemente i suoi progressi nel percorso rieducativo – apparirebbe irrimediabilmente violato tutte le volte in cui essa risulti in concreto errata»²¹.

Ergo: la presunzione di pericolosità deve mutare il suo carattere – da assoluto a relativo – sì da consentire al detenuto di provare l'interruzione dei legami con la criminalità organizzata con modalità e strumenti diversi dalla collaborazione con la giustizia.

La Consulta ha voluto forse ripopolare le strade di «stuoli di boss mafiosi»²²? Certo che no. Il Garante della Costituzione ha piuttosto voluto restituire alla magistratura di sorveglianza il compito che le è proprio, vale a dire la «possibilità di esaminare le persone, la loro evoluzione e i percorsi detentivi», sì da garantire che la pena adempia – effettivamente – alla sua teleologica funzione: la rieducazione del condannato.

2.3. Terzo campo di intervento: gli automatismi che operano sull'an della pena. La recente sentenza n. 156/2020.

Associare il tema dell'an della pena a quello della discrezionalità del giudice potrebbe apparire, a prima vista, un ossimoro.

E invece pare essere proprio questa la conseguenza pratica della recente decisione n. 156/2020, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p., nella parte in cui non è applicabile ai reati, quali la ricettazione di particolare tenuità, per i quali il legislatore non ha previsto un minimo edittale di pena detentiva.

Per giustificare tale affermazione conviene tuttavia fare un passo indietro e accennare brevemente ai termini della questione.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Così A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019*, cit., p. 165.

²¹ S. Bernardi, *Sull'incompatibilità*, cit., p. 347.

²² L'espressione è ripresa da E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo, un istituto destinato (forse) a sgretolarsi*, in Dossier "L'ergastolo ostativo", in *il Sole 24 ore*, 15 ottobre 2019.

2.3.1. La questione di legittimità costituzionale.

Come è noto, il legislatore ha scelto di ancorare l'applicabilità della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto al criterio del massimo edittale: il primo comma dell'art. 131-*bis*, infatti, limita l'operatività dell'esimente in parola ai "reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena". Il successivo comma 4 precisa poi che l'individuazione del massimo edittale è di regola insensibile alle circostanze, fatta eccezione per le c.d. circostanze autonome e per quelle ad effetto speciale, il ricorrere delle quali non dà luogo, tuttavia, al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p. Inoltre, come precisato dal comma 5, la causa di esclusione della punibilità può trovare applicazione anche quando "la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante", sempreché ovviamente sia rispettato il limite edittale di pena dei cinque anni.

Ed è proprio "l'insofferenza" verso tale limite edittale ad aver generato il *casus belli*. Il tetto massimo di pena, infatti, costituisce un ostacolo normativo insuperabile ed esclude in radice la possibilità di applicare la causa di non punibilità nelle ipotesi di reati, quali la ricettazione di particolare tenuità di cui all'art. 648, co. 2, c.p., per i quali è previsto un massimo edittale pari a sei anni di reclusione. Sebbene, infatti, in astratto, l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. non sia preclusa dal ricorrere di una circostanza attenuante che parimenti valorizzi la particolare tenuità del fatto, lo sbarramento quantitativo apposto dal legislatore elimina ogni "via di scampo".

Da qui, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Taranto.

Per il vero, la questione non è nuova: già nel 2017, il Tribunale di Nola aveva espresso i medesimi dubbi di legittimità costituzionale, sebbene sulla scorta di un apparato argomentativo differente²³. In quella circostanza, tuttavia, la Consulta aveva ritenuto infondata la questione²⁴. Dirimente in tal senso, da un lato, l'inidoneità dei *tertia comparationis* individuati dal giudice rimettente, troppo eterogenei per poter fungere da «modello comparativo al quale fare riferimento per individuare una soluzione costituzionalmente obbligata»; dall'altro, la necessità di salvaguardare la discrezionalità legislativa che, nell'esprimersi attraverso l'individuazione del limite massimo dei cinque anni, non può considerarsi né irragionevole né arbitraria, poiché «rientra nella logica del sistema penale che, nell'adottare soluzioni diversificate, vengano presi in considerazione determinati limiti edittali, indicativi dell'astratta gravità dei reati; e l'individuazione di tali limiti [...] è frutto di un apprezzamento che spetta al legislatore»²⁵.

²³ Sul punto sia consentito rinviare a S. Santini, *L'art. 131-bis al vaglio della Corte costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2, c.p.?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2016.

²⁴ Corte cost., sent. 24 maggio 2017, n. 207. Sul punto, cfr. A. Nisco, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, pp. 160 ss.; nonché volendo S. Santini, *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità*, in *Diritto penale contemporaneo.it*, 18 settembre 2017.

²⁵ Così Corte cost., sent. 207/2017, cit.

Sebbene, dunque, l'impianto complessivo della disciplina della causa di non punibilità in esame sia stato considerato, ragionevole, la Consulta, con la sentenza del 2017, non ha mancato di sottolineare alcune "anomalie":

- la prima: l'ampia forbice edittale (da 15 giorni a 6 anni di reclusione) prevista per la ricettazione di particolare tenuità;

- la seconda: l'«ampia sovrapposizione» della cornice edittale prevista per la ricettazione attenuata (quindici giorni – sei anni) con quella prevista per la fattispecie base (due – otto anni) cui si aggiunge una «asimmetria scalare tra gli estremi del compasso»: infatti, «mentre il massimo di sei anni, rispetto agli otto anni della fattispecie non attenuata, costituisce una diminuzione particolarmente contenuta (meno di un terzo), al contrario il minimo di quindici giorni, rispetto ai due anni della fattispecie non attenuata, costituisce una diminuzione enorme»²⁶;

- la terza e forse la più importante: facendo riferimento alla pena minima di 15 giorni di reclusione prevista per la ricettazione attenuata, non è affatto difficile immaginare «casi concreti in cui rispetto a tale fattispecie potrebbe operare utilmente la causa di non punibilità», soprattutto ove si consideri che per reati quali il furto o la truffa – cui è astrattamente applicabile la causa di non punibilità – è prevista la pena minima di sei mesi di reclusione, cioè una pena che, nella stessa valutazione del legislatore, «dovrebbe essere indicativa di fatti di ben maggiore offensività»²⁷.

In considerazione di tali anomalie, la Consulta, nella sentenza del 2017, invitò il legislatore ad introdurre, nella disciplina dell'art. 131-*bis* c.p., anche il criterio del minimo edittale, al di sotto del quale – seppur superato il limite massimo dei cinque anni – il giudice del caso concreto possa comunque vagliare l'applicabilità della causa di esclusione della punibilità.

A buon intenditor... sarebbero dovute bastare poche parole, poiché «di tali interventi [...], una volta che ne sia stata rilevata l'esigenza, non può non farsi carico il legislatore, per evitare il protrarsi di trattamenti penali generalmente avvertiti come iniqui»²⁸. E invece no: non solo il legislatore non è intervenuto per correggere le storture messe in evidenza dalla Consulta, ma quando ha rimesso mano al testo dell'art. 131-*bis* c.p. lo ha fatto per espungere ulteriormente talune fattispecie delittuose dall'ambito di applicazione della causa di non punibilità²⁹.

L'inerzia del legislatore sommata ad un'ordinanza di rimessione meglio argomentata cambiano gli addendi e, con essi, il risultato del nuovo pronunciamento della Consulta, che oggi interviene con una declaratoria di illegittimità costituzionale.

²⁶ Corte cost., sent. 25 giugno 2020, n. 156.

²⁷ Corte cost., sent. 207/2017, cit.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Il riferimento è, in particolare, all'introduzione di nuove cause tipiche di esclusione della particolare tenuità nell'ipotesi in cui si proceda per delitti puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero per violenza, minaccia, resistenza od oltraggio commessi nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni operata dall'art. 16, co. 1, lett. b), d.l. 14 luglio 2019, n. 53 recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica", conv. con mod. nella l. 8 agosto 2019, n. 77.

2.3.2. "Ragionevolezza oblige".

Questi, in estrema sintesi, i termini del "sillogismo" messo in campo dalla Consulta per giungere alla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Premessa maggiore: la mancata previsione di una pena edittale minima di reclusione ad opera del legislatore (come nel caso della ricettazione attenuata) – con conseguente operatività del minimo assoluto di quindici giorni previsto dall'art. 23 c.p. – «rivela inequivocabilmente che egli prevede possano rientrare nella sfera applicativa della norma incriminatrice anche condotte della più tenue offensività»³⁰.

Premessa minore: lo strumento per dare rilievo alle condotte a bassa intensità offensiva è la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.

Conclusione: è manifestamente irragionevole «l'aprioristica esclusione» dell'applicazione dell'esimente di cui all'art. 131-*bis* c.p. per i reati, quali la ricettazione di particolare tenuità, per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva, che quindi richiamano «per necessità logica l'eventualità applicativa» della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto³¹.

Tradotto: ove venga in rilievo un reato per il quale opera il minimo edittale di reclusione di quindici giorni, il giudice potrà – a prescindere dal superamento della soglia edittale massima di cinque anni – escludere la punibilità in quei casi che, in concreto, appaiano non meritevoli di sanzione penale alla luce degli ulteriori indici-criteri indicati dall'art. 131-*bis* c.p., ben potendo invece continuare a sanzionare quei fatti che non si rivelino particolarmente tenui. Né più, né meno di quanto già facevano le Corti con riferimento ai delitti cui era applicabile, sin da principio, l'art. 131-*bis* c.p.

Per il vero non è la prima volta che la Corte costituzionale infrange un automatismo sanzionatorio per restituire al giudice il compito di valutare se applicare o meno una determinata pena. Lo aveva già fatto due volte, prima nel 2012 e poi l'anno successivo, sebbene con riferimento ad una pena accessoria. In quelle occasioni, in particolare, la Consulta aveva bocciato l'art. 569 nella parte in cui determinava la perdita automatica della potestà genitoriale per il genitore che avesse commesso il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, co. 2, c.p.³² o di soppressione di stato di cui all'art. 566, co. 2, c.p.³³: irragionevole precludere al giudice di compiere «ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto» e quindi scegliere, alla luce del bilanciamento dei diritti in gioco, se risulti o meno necessaria l'applicazione della pena accessoria³⁴.

³⁰ Corte cost., sent. 156/2020, cit.

³¹ *Ibidem*.

³² Corte cost., sent. 23 febbraio 2012, n. 31.

³³ Corte cost., sent. 23 gennaio 2013, n. 7.

³⁴ Sul punto, cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza*, cit., pp. 12 ss.; G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., pp. 218 ss.

Oggi, però, la Corte costituzionale fa un “salto di qualità”, facendo tornare nella “disponibilità” dei giudici l’an di una pena principale, a patto che, ovviamente, ricorrano gli indici-criteri indicati dalla norma per l’applicazione della causa di non punibilità.

3. “Diamo ai giudici quel che è dei giudici”.

Qual è la “morale della favola”? Che a tutti i recidivi reiterati saranno riconosciute le circostanze attenuanti generiche? O ancora, che la recidiva reiterata sarà sempre destinata a soccombere nel giudizio di bilanciamento delle circostanze? Che tutti i “boss mafiosi” saranno immediatamente liberati? Che si potranno ricettare astucci portapenne³⁵ o confezioni di rasoi e lamette da barba³⁶ con la certezza di andare esenti da pena?

Niente di più sbagliato.

Al contrario, ci pare che il senso delle pronunce esaminate sia quello di restituire all’autorità giudiziaria il compito che le è proprio, quello di valutare – in concreto – i singoli fatti, le singole vicende: è un «invito al giudice a spalancare la ragione sulla realtà regolata dal diritto»³⁷. D’altronde, chi meglio del giudice del caso concreto si trova nella posizione privilegiata per comporre il conflitto di interessi che deriva dalla commissione di un reato.

Peraltro, il ripristino della “ragionevolezza perduta” ad opera della Consulta restituisce altresì ai giudici di merito, spesso e volentieri, il “potere” di orientare la misura della pena in maniera più armoniosa anche rispetto agli altri principi fondamentali che concorrono a delineare il c.d. “volto costituzionale della pena”, primi fra tutti quello di proporzionalità, di rieducazione del condannato e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Ne costituisce riprova il fatto che, nelle pronunce sopra richiamate, la declaratoria di illegittimità sia stata l’esito di un armonioso e combinato operare dei principi che governano la materia della pena, e non già di un’azione solitaria.

È vero che la discrezionalità giudiziaria non può essere lasciata senza limiti e che il compito di individuare tali limiti non può che spettare all’organo rappresentativo di tutti i cittadini, minoranze comprese. Ma è altrettanto vero che l’apposizione di tali limiti non può spingersi sino ad elidere quei margini che, soli, consentono l’applicazione di una pena che sia davvero misura di giustizia. Del resto, lo stesso legislatore, nel tipizzare i criteri di commisurazione della pena nell’art. 133 c.p. «rinuncia [...] ad esprimere un “significato” astratto, data la peculiarità dell’oggetto della valutazione», con «conseguente rinvio al caso concreto, perché esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di “valore” più idonea a produrre un certo trattamento penale»³⁸.

Tanto più che l’esercizio della discrezionalità giudiziaria è funzionale all’individuazione della sanzione più equilibrata: è il «presidio irrinunciabile di valori

³⁵ Questo il caso di specie che aveva dato adito all’ordinanza del Tribunale di Nola da cui è sfociata la sentenza della Corte costituzionale n. 207/2017.

³⁶ Questo, invece, il caso di specie che ha dato adito al recente pronunciamento della Corte costituzionale n. 156/2020.

³⁷ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza*, cit., p. 19.

³⁸ F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Giuffrè, 1965, p. 99.

costituzionali fondamentali»³⁹. Se invece «non ci si fidasse dei giudici, allora sarebbe un altro discorso: alla fine del quale, però, si staglierebbe nuovamente l'ombra dello Stato di polizia»⁴⁰.

Bibliografia.

S. Bernardi, *Sull'incompatibilità con la Costituzione della presunzione assoluta di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia: in margine a Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2/2020, pp. 324 ss.

F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, Giuffrè, 1965.

M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento alla "Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola – Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013", in *Cortecostituzionale.it*.

M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 2012.

E. Dolcini, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto penale contemporaneo*, 18 luglio 2018.

E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo, un istituto destinato (forse) a sgretolarsi*, in Dossier "L'ergastolo ostativo", in *Il Sole 24 ore*, 15 ottobre 2019.

F. Fiorentin, [Ammissibili i permessi premio per chi non ha collaborato con la giustizia, purché sia accertata l'esclusione di collegamenti con l'organizzazione mafiosa](#), in questa rivista, 24 ottobre 2019.

G.L. Gatta, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur. Cost.*, 3/2011, pp. 2374 ss.

G. Leo, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti «indiretti» della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2011, pp. 1785 ss.

G. Leo, *Voce Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in Treccani - Libro dell'anno del diritto, 2014, in *Treccani.it*.

S. Leone, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2017.

A. Macchia, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 1/2020, pp. 19 ss.

V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10 ottobre 2011.

E. Mariani, *Seminfermità e recidiva*, in *Giurisprudenza Italiana* (in corso di pubblicazione).

A. Nisco, *Legittimità costituzionale del limite massimo di pena quale presupposto della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2017, pp. 160 ss.

F. Palazzo, *La doppia anima dell'ergastolo ostativo*, in Dossier "L'ergastolo ostativo", in *Il Sole 24 ore*, 15 ottobre 2019.

³⁹ G. Leo, *Automatismi sanzionatori*, cit.

⁴⁰ L'espressione è ripresa da F. Palazzo, *La doppia anima dell'ergastolo ostativo*, in Dossier "L'ergastolo ostativo", *Il Sole 24 ore*, 15 ottobre 2019.

- M. Pelissero, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, pp. 1359 ss.
- A. Pugiotto, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2019, pp. 785 ss.
- A. Pugiotto, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2018, pp. 405 ss.
- A. Pugiotto, *La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, pp. 161 ss.
- D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2017, pp. 48 ss.
- M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019.
- S. Santini, *L'art. 131-bis al vaglio della Corte costituzionale: irragionevole la sua mancata estensione alla ricettazione di particolare tenuità ex art. 648, comma 2, c.p.?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2016.
- S. Santini, *Mancata estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto alla ricettazione di particolare tenuità: infondata (ma non troppo) la relativa questione di legittimità*, in *Diritto penale contemporaneo.it*, 18 settembre 2017.
- N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 315 ss.